This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

**Usage guidelines**

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

**About Google Book Search**

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

**A propos de ce livre**

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

**Consignes d'utilisation**

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

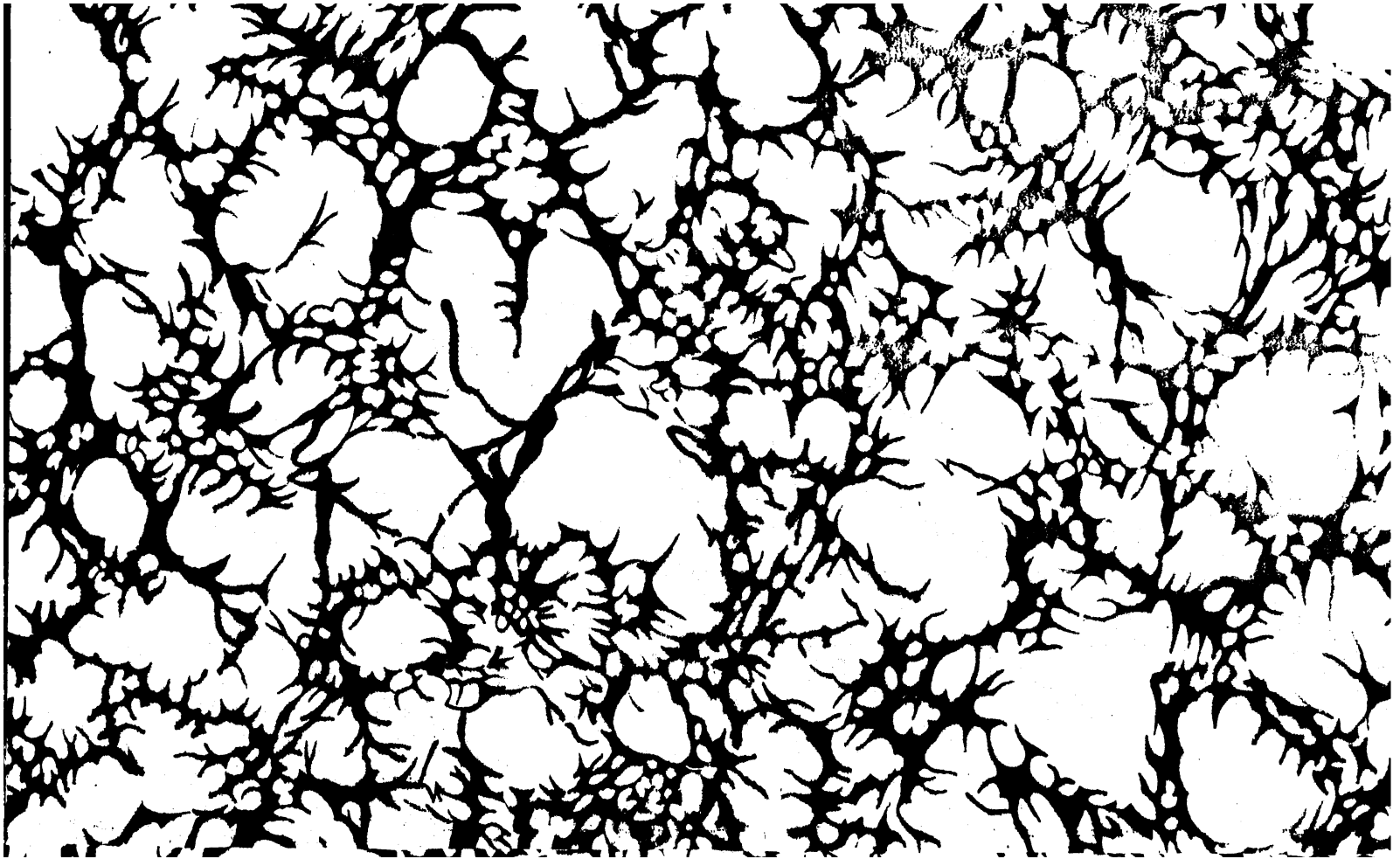
+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

**À propos du service Google Recherche de Livres**

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

STANFORD UNIVERSITY
LIBRARY
The Law School



JTI
LBE
LPt

# TRAITÉ

## THÉORIQUE ET PRATIQUE

# DE DROIT CIVIL

II

---

## DES PERSONNES

II

Bordeaux, Y. Cadoret, impr., rue Poquelin-Molière, 17.

# TRAITÉ

## THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE

# DROIT CIVIL

---

## DES PERSONNES

PAR

**G. BAUDRY-LACANTINERIE**
DOYEN HONORAIRE DE LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

**M. HOUQUES-FOURCADE**
PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

---

**TROISIÈME ÉDITION**

*Revue et mise au courant de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence.*

---

TOME DEUXIÈME

---

LIBRAIRIE
DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL J.-B. SIREY ET DU JOURNAL DU PALAIS
Ancienne Maison L. LAROSE & FORCEL
*22, Rue Soufflot, PARIS, 5e Arrt.*
**L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs**

1907

L 3316
FEB 2 0

# DES

# ACTES DE L'ÉTAT CIVIL

(Livre Ier, titre II du Code civil) [1].

## HISTORIQUE [2]

**777.** Au sens le plus large de ces termes, les faits de l'état civil sont tous ceux qui influent sur la situation d'une personne dans la société sous le rapport du droit civil. Parmi eux les principaux sont, outre ceux qui sont relatifs à la nationalité, la naissance, la reconnaissance d'enfant naturel, la légitimation, l'adoption, le mariage, le divorce et la mort.

[1] Hutteau d'Origny, *De l'état civil et des améliorations dont il est susceptible*, Paris, 1823; Majorel et Coffinières, *Traité des actes de l'état civil*, Paris, 1826; Garnier-Dubourgneuf, *Nouveau manuel des off. de l'état civil*, Paris, 1835; Lemolt et Biret, *Nouveau manuel des off. de l'état civil*, Paris, 1840; Cival, *Traité théor. et prat. de l'état civil*, Paris, 1851; Rieff, *Comm. de la loi sur les actes de l'état civil* (2e éd.), Paris, 1841; Coin-Delisle, *Actes de l'état civil*, Paris, 1853; Sauvan, *Traité des actes de l'état civil*, Lyon, 1859; Grün, *Guide et formulaire pour la rédaction des actes de l'état civil*, Paris, 1866; Addenet, *Les actes de l'état civil*, Paris, 1869; Béquet, *Traité de l'état civil*, Paris, 1883; Crépon et Lehr, *Manuel des actes de l'état civil en dr. fr. et étr*, Paris, 1887; Henriet, *De la rédaction des actes de l'état civil*, 1891; Mersier, *Traité théor. et prat. des actes de l'état civil* (2e éd.), Paris, 1892; Desclozeaux, *Encyclopédie du droit*, de Sebire et Carteret, vo *Actes de l'état civil*. — Cf. au surplus Dramard, *Bibliographie*, n. 310 s.

[2] Berriat-Saint-Prix, *Recherches sur la légist. et la tenue des actes de l'état civil*, Paris, 1842; Taillandier, *Notice histor. sur les anc. reg. de l'état civil* (*Ann. histor.* de la Société de l'hist. de France, 1847); Loir, *De l'état civil des nouveau-nés*, Paris, 1854; Merlet, *Études sur les anciens registres de l'état civil*, Chartres, 1861; H. de Fontenay, *Recherches sur les actes de l'état civil aux* XIVe *et* XVe *siècles* (Biblioth. de l'Ec. des Chartes, 6e série, V, 1869); Thibeaud, *Histoire des actes de l'état civil* (Thèse, Bordeaux), 1891. — Cpr. Aubry et Rau, I, § 55, p. 285 s.; Laurent, II, n. 1 s.; Demante, I, n. 82 *bis*; Planiol, I, n. 459 s.

Mais on ne désigne généralement de ce nom, surtout dans le système de notre loi, que les faits qui concernent l'état de famille d'un individu (1).

Or il est du plus haut intérêt pour la société que la preuve de tous ces faits soit aussi exactement assurée que possible et puisse être très facilement rapportée, puisqu'ils constituent, modifient ou fixent définitivement l'état des personnes et déterminent par là même l'étendue de leurs droits et de leurs obligations. L'institution des actes de l'état civil a précisément pour objet de donner satisfaction à cet intérêt.

Effectivement la preuve testimoniale, s'il avait fallu y recourir pour établir l'existence d'un de ces faits, n'aurait pas offert les qualités de précision, de sincérité et de durée indispensables en pareil cas, et elle aurait dû en outre être refaite à chaque instant, ce qui n'aurait pas été son moindre inconvénient. Confier, d'autre part, aux particuliers le soin de dresser des titres qui conservassent la preuve par écrit des faits qui les concernent, eux ou leur famille, c'eût été compter sans leur négligence, leur ignorance, sans leur tentation aussi d'altérer la vérité dans un sens conforme à leurs intérêts, et diminuer de toutes façons la foi due à ces instruments de preuve. Pour que la force probante de ceux-ci fût aussi pleine que le but de l'institution le commandait, il fallait que la rédaction des actes de l'état civil fût l'œuvre de l'autorité publique, et qu'on l'entourât de telles garanties que leur exactitude pût être érigée en règle et ne fût susceptible d'être contestée que dans des cas très rares.

**778.** Aussi n'y a-t-il guère plus d'un siècle qu'en France ces actes remplissent pleinement leur fonction. L'état civil n'est qu'une institution relativement récente dans l'histoire des nations, et qui ne s'est perfectionnée dans toutes que très tard.

A Athènes, elle n'a même jamais existé, car l'inscription sur les registres du *dème* et de la *phratrie* avait un but bien moins civil que politique, et c'est en définitive à l'aide de la preuve testimoniale que l'Athénien devait établir la qualité qu'on lui

(1) Cf. Beudant, I, n. 93, p. 165.

déniait (1). C'est à peine si on retrouve à Rome une organisation qui ressemble un peu plus à la nôtre (2). Servius Tullius avait bien, si on en croit Denys d'Halicarnasse, ordonné la déclaration des naissances et des décès à des fonctionnaires publics, les gardiens de certains temples. Mais cette obligation, qui ne s'étendait pas d'ailleurs à tous les actes de la vie des citoyens de nature à intéresser le public, paraît leur avoir été imposée bien plus pour faciliter les opérations du cens que pour fournir à la communauté un moyen d'information, et on ne s'en acquitta au surplus qu'avec beaucoup d'irrégularité. Plus tard, sans doute, les *acta publica,* où étaient constatés certains faits de l'état civil, la *professio natalis,* par exemple, actes dont le *tabularius publicus* pouvait délivrer aux parties intéressées une copie authentique, se rapprochèrent bien davantage de nos registres. Mais d'abord les inscriptions n'y devaient être ni générales, ni régulières, ainsi que le démontrent les mesures prises par Marc Aurèle, au témoignage de J. Capitolinus (3), au sujet des naissances. Puis les mentions de ces actes ne constituaient nullement un mode de preuve péremptoire ou exclusif des faits qui y étaient rapportés : tout autre mode était de plein droit admis, soit à leur défaut, soit pour en combattre la véracité (4). Et enfin des faits de la plus haute importance, comme le mariage, n'y étaient, du moins en règle, l'objet d'aucune constatation (5). Il est donc permis de penser que cette institution rudimentaire fut conçue presque uniquement dans des préoccupations d'ordre administratif. Ce n'est pas elle en tout cas, pas plus que les lois barbares, absolument muettes à cet égard, qui ont donné naissance à l'organisation actuelle. Et toutes les tentatives faites dans l'antiquité avaient été complètement oubliées lorsque apparurent les premiers germes de cette organisation (6).

(1) Cf. Egger, *Revue archéologique,* 1861, nouv. série, 2e année, IV; Thibeaud, p. 9 s.

(2) Cf. Dérome, *Rev. de lég. et de jurisp.,* 1849, XXXVI, p. 261.

(3) *Marc-Aurèle,* IX.

(4) L. 14, C., *De probat.,* IV, 19; L. 15, C., *De liber. causa,* VII, 16; L. 6, C., *De fide instr.,* IV, 21.

(5) Cf. nov. 74, c. 4, et nov. 117, c. 4.

(6) Cf. Thibeaud, p. 13 s.

**779.** Elle n'eut d'abord rien d'officiel, car elle dut son origine à l'usage qu'avait le clergé catholique de conserver la preuve par écrit de certains actes religieux qui sont en même temps des faits de l'état civil ou qui tout au moins les accompagnent, le baptême, le mariage et la sépulture, de telle sorte que la preuve des uns puisse plus ou moins servir à la preuve des autres, la naissance, l'union légitime et la mort.

De tout temps peut-être les prêtres catholiques avaient inscrit les noms des néophytes qui recevaient le baptême sur les livres de l'Eglise. Mais ces mentions ne purent devenir utiles au point de vue civil qu'à partir de l'époque où l'on prit l'habitude d'administrer le baptême, non plus seulement aux adultes, mais aux enfants presque aussitôt après leur naissance. Ce fut d'ailleurs dans un intérêt exclusivement religieux que fut prescrite par l'autorité ecclésiastique la tenue de registres des baptêmes, et pour faire respecter les empêchements au mariage dérivant, non seulement de la parenté naturelle, mais encore de la parenté « spirituelle » qui unissait les parrains et marraines de l'enfant baptisé à celui-ci et à ses père et mère : ces registres devaient fournir en effet la preuve de l'existence de cette double parenté. Leur confection commença à être ordonnée par les évêques et les synodes à partir du XV^e^ siècle (1). Mais la rédaction resta longtemps défectueuse : avant l'ordonnance de Villers-Cotterets, si les noms des parrains et marraines et du père de l'enfant y sont ordinairement mentionnés, le nom même de la mère y est communément omis, et la date de la naissance n'y figure presque jamais. La signature du prêtre y fait le plus souvent défaut, celle des témoins presque toujours, et leur tenue présente, sans parler des surcharges et des ratures, des lacunes et des interruptions parfois considérables. Tels quels cependant ils pouvaient être produits en justice, mais sans posséder alors de force probante particulière, et les mentions en étaient corroborées ou rectifiées tant par les registres et

(1) Le statut de l'évêque de Nantes, Henri le Barbu, le plus ancien acte connu qui ait ordonné cette confection, est de 1406. Et le plus ancien des registres qui nous aient été conservés, celui de l'église de la Madeleine, à Châteaudun, remonte à 1478.

papiers domestiques, notamment les « livres de raison », que par des témoignages oraux, susceptibles d'émaner de toutes personnes et plus spécialement de celles qui avaient participé à la rédaction de l'acte de baptême (1).

**780.** Quant au mariage, quoique ce contrat eût été élevé par la doctrine catholique à la dignité de sacrement, aucune condition de forme, aucune solennité religieuse ne furent, jusqu'au concile de Trente de 1563, exigées pour sa validité (2). Jusque-là les autorités ecclésiastiques se contentèrent d'en recommander, sous des sanctions plus ou moins sévères, la célébration en présence d'un prêtre et *in facie Ecclesiæ*. Mais, malgré ces prescriptions plus ou moins impératives, renforcées de la prohibition des mariages clandestins par la législation civile, les unions contractées sans aucune formalité et par le seul consentement des époux, quoique flétries parfois du nom de concubinats, n'en demeurèrent pas moins valables. Pendant toute cette période donc, le mariage était établi ou par la preuve testimoniale, par l'attestation notamment, s'il y avait lieu, du prêtre qui avait donné aux conjoints la bénédiction nuptiale, ou par la possession d'état, lorsqu'ils étaient en mesure de l'invoquer, ou bien encore par les registres et papiers domestiques, ou enfin par l'acte, le plus souvent notarié, qui constatait, soit l'échange des consentements des époux, soit leurs conventions matrimoniales.

Ce fut aux préoccupations intéressées des curés que la preuve matrimoniale dut de se constituer. Malgré des défenses répétées, ils avaient pris l'habitude d'exiger un salaire pour l'administration des sacrements. Aussi les premiers registres de mariage furent-ils de véritables livres de comptes, sur lesquels ils consignèrent, au moins à partir de la fin du XIV^e^ siècle, ce qui leur était dû ou payé, plutôt qu'ils ne s'attachèrent à y inscrire les indications utiles à la collectivité. C'est pourquoi on n'y retrouve ordinairement rien de plus que les noms des conjoints et des témoins, sans signatures le plus souvent, et ces actes singuliers de mariage présentent au

(1) Thibeaud, p. 25 s.
(2) Cf. notre tome III, *Introd. histor.*, n. 1360 s.

moins autant de défauts et de lacunes que les actes de baptême, dont ils avaient d'ailleurs la force probante (1).

**781.** Les mêmes soucis pécuniaires donnèrent naissance en même temps aux registres de sépulture. A l'origine même, ils se confondirent, en général, avec les précédents, et ils ne furent pas mieux tenus qu'eux lorsqu'ils s'en distinguèrent : c'est ainsi que fréquemment la date du décès n'y figure pas, et que dans le plus ancien qui nous ait été conservé celle de la sépulture y est seule mentionnée. Ils n'avaient d'ailleurs, comme les autres, d'autre force probante que celle d'un témoignage, plus particulièrement digne de foi à raison des personnes dont il émanait et des conditions dans lesquelles il était fourni (2).

**782.** Comme on l'a fort bien dit (3), c'était bien plus la preuve de l'état religieux que celle de l'état civil qu'assuraient les registres des ministres du culte catholique, lorsque l'ordonnance de Villers-Cotterets d'août 1539 vint jeter les premiers fondements d'une organisation réellement laïque par son but, sinon par ses moyens. Mais la cause véritable de cette création fut pourtant encore ecclésiastique. Ce fut, en effet, parce que la collation des bénéfices avait donné lieu à des fraudes, dont la principale consistait à cacher au public le décès des titulaires pour permettre aux candidats à leur succession de « prendre date à Rome », que le roi ordonna » que des sépultures des personnes tenans bénéfices, seroit » faict registre en forme de preuve, par les chapitres, collè- » ges, monastères et cures, qui feroit foi, et pour la preuve » du temps de la mort, duquel temps, seroit fait expresse » mention esdicts registres, et pour servir au jugement des » procès où il seroit question de prouver ledit temps de la » mort, au moins quant à la récréance » (art. 50 de l'Ord.). Mais du coup l'institution nouvelle dépassa par ses développements la raison même qui l'avait fait surgir, car non seu-

(1) Le plus ancien registre de mariage et aussi de sépultures qui ait été conservé semble être celui de Saint-Aignan, dans le diocèse d'Autun, et date de 1411. — Cf. Thibeaud, p. 38 s.

(2) Thibeaud, p. 61 s.

(3) Thibeaud, p. 65.

lement les prescriptions de l'art. 50 furent étendues, au moins par la pratique, aux décès de toutes personnes, quelle que fût leur qualité, mais déjà, aux termes de l'art. 51 de l'ordonnance, il dut être « fait registres, en forme de preuve, des » baptêmes, qui contiendront le temps et l'heure de la nati- » vité, et par l'extraict dudict registre, se pourra prouver le » temps de majorité, ou minorité, et sera pleine foy à ceste » fin ». Il ne restait plus qu'à créer les registres de mariages, et ce fut l'œuvre de l'ordonnanee de Blois de mai 1579 (art. 40), qui s'inspira, du reste, à cet égard, des décisions récentes du concile de Trente de 1563. — Toutes deux au surplus (Ord. de Villers-Cotterets, art. 53; de Blois, art. 181) avaient ordonné le dépôt des nouveaux registres aux greffes des juridictions royales, afin d'en assurer par là la conservation (1).

**783.** Mais, si l'état civil était désormais fondé en vue des besoins de la société civile et pour marquer la situation de chacun dans celle-ci, il n'était pas encore sécularisé. La royauté avait confié la tenue des registres officiels à ceux qui, les premiers, en avaient conçu l'idée et qui, par leurs lumières et leur probité, semblaient le mieux désignés à cette époque pour s'acquitter de cette fonction. Les prêtres catholiques, plus rapprochés au reste des intéressés que les juges royaux, avaient donc été seuls mis en possession du droit de constater authentiquement l'état des individus, de leur naissance à leur mort. Et ce choix fut alors d'autant plus naturel que précisément les questions d'état étaient régies par le droit canonique et que le mariage, comme sacrement, était plus particulièrement encore de la compétence des tribunaux ecclésiastiques.

Si fondé qu'il fût, ce choix n'en eut pas moins de graves inconvénients, dont certains, il est vrai, n'apparurent que par la suite. Le premier de tous fut que les curés n'étaient pas assez dans la main du pouvoir civil pour que celui-ci pût obtenir aisément leur obéissance à ses prescriptions. De là les nombreux actes royaux qui les rappelèrent constamment, avec

(1) Thibeaud, p. 66 s.

plus ou moins d'efficacité, à l'observation des dispositions légales. Les rédacteurs de la grande ordonnance sur la procédure de 1667 profitèrent de sa confection pour refondre et coordonner toutes ces dispositions, préciser et accroître leurs exigences. La présence et la signature d'un certain nombre de témoins, le dépôt annuel au greffe d'une copie authentique du registre original furent requis. La défense d'admettre d'autre preuve du mariage que par écrit, déjà faite par l'ordonnance du 15 janvier 1629 et par la déclaration du 26 novembre 1639, fut renouvelée, la preuve des faits de l'état civil réglementée pour les cas de non-existence et de perte des registres. Mais ce n'était pas encore assez, et de multiples actes postérieurs (Déclarations de 1685, du 6 août 1686, du 16 février 1692, édit de mars 1697, déclaration du 16 décembre 1698) vinrent compléter, plus spécialement au sujet des mariages et du dépôt des registres, la volonté royale. Ce fut, au contraire, dans un but fiscal, et non pour améliorer la législation, que furent créés par l'édit d'octobre 1691 des offices de greffiers, gardes et conservateurs des registres de mariages, baptêmes et sépultures, et par l'édit de juin 1703 ceux des contrôleurs des registres et des extraits de ces actes. Aussi tous ces offices furent-ils supprimés en décembre 1716.

La surveillance de ces officiers éphémères n'avait été vraisemblablement guère que nominale, car, en 1727, Massillon (1), « scandalisé de la négligence de plusieurs curés sur un point aussi essentiel », constatait que « les baptêmes, les mariages, les certificats mortuaires, c'est-à-dire tout ce qu'il y a de plus sacré et qui fait toute la sûreté de l'Etat et de la religion, tout cela n'est écrit que sur des feuilles volantes, sans ordre, sans soin, sans précaution : des titres si augustes et si saints sont dispersés à l'aventure comme des papiers de rebut ». Egalement touché de voir « l'état des hommes et le bien des familles tombés dans le plus grand désordre », d'Aguesseau (2) s'appliqua, par la déclaration du 9 avril 1736, à compléter et à sanctionner d'une façon plus efficace les

(1) *Conférences et discours synodaux*, 1753, III, p. 41.
(2) *Œuvres* (éd. de 1819), XII, p. 195.

prescriptions antérieures ou à les modifier dans le sens indiqué par l'expérience : c'est ainsi que dorénavant les registres durent être tenus en double original, dont l'un fut déposé, à la place de l'ancienne copie, au greffe du juge royal. Ces derniers efforts ne furent pas vains, car à partir de 1736 la tenue des registres devint sensiblement meilleure : malgré des défaillances encore trop nombreuses (1), le clergé catholique prit de plus en plus un juste sentiment des devoirs que l'état civil lui imposait, et ministres de la royauté et Parlement ne se firent plus faute de les lui rappeler à l'occasion. Il fallut encore néanmoins que deux déclarations des 12 mai 1782 et 20 juillet 1787 défendissent de consigner sur les registres, comme certains curés en avaient l'habitude, des observations personnelles relatives à l'acte qu'ils dressaient ou même parfois des mentions qui y étaient tout à fait étrangères (2).

**784.** Mais, si l'organisation de l'état civil put être considérée en elle-même comme très avancée bien avant la fin de la monarchie, elle présentait néanmoins toujours un vice capital, qui devait tôt ou tard en entraîner la transformation. Laïque par son but, voire même par le contenu de ses règles, elle restait religieuse à raison du caractère ecclésiastique de ceux qui servaient d'officiers de l'état civil. Et de là la déplorable situation faite, pour la preuve de cet état, à tous ceux qui n'appartenaient pas à la religion catholique.

D'abord les registres tenus par les rabbins juifs pour les membres de leur communauté, s'ils pouvaient être produits en justice aux époques et dans les lieux où l'exercice de leur culte était autorisé, n'avaient jamais la force probante des registres officiels. De plus, quand cet exercice était défendu, les naissances et décès ne pouvaient être établis que par témoins, et les mariages contractés suivant le rite israélite auraient été dénués de tout effet civil, si la théologie catholique et la pratique à sa suite n'avaient consenti à reconnaître la validité de ces unions comme contrats naturels (3).

(1) Rodier, *Quest. sur l'ordonn. de 1667*, tit. XX, art. VIII, quest. 1.
(2) Thibeaud, p. 73 s.
(3) Thibeaud, p. 174 s.

**785.** La condition des sectateurs de la religion réformée fut plus dure encore (1) tant que l'autorité civile, se mettant au service de l'Eglise, s'acharna à étouffer la « nouvelle hérésie ». Cependant, grâce à la bienfaisante influence de Michel de l'Hôpital, certains arrêts avaient déjà, vers 1560, consacré la validité des mariages célébrés entre protestants conformément aux préceptes de leur foi (2), lorsque les guerres de religion se déchaînèrent de nouveau, plus violentes que jamais, dans toute la France. Les réformés n'obtinrent que de l'édit de pacification daté de Nantes, du mois d'avril 1598, le droit de procéder aux baptêmes, mariages et sépultures ainsi que l'exigeaient leurs croyances. Leurs pasteurs profitèrent du silence gardé par l'édit touchant le mode de constatation de ces faits, pour tenir, comme les prêtres catholiques, des registres semblables aux leurs, et cette pratique leur fut même imposée par un arrêt du conseil du 22 septembre 1664 (3). L'édit lui-même avait d'ailleurs expressément reconnu pour le passé la validité des unions contractées entre eux par les réformés suivant leurs rites, et le droit canonique avait su, par avance, justifier théoriquement cette sage décision (4).

Mais l'ardeur de la foi de Louis XIV, habilement entretenue, ne pouvait s'accommoder de cette tolérance. L'exercice de la « religion prétendue réformée » fut d'abord interdit dans plusieurs provinces. Pour permettre alors à ses adeptes de s'y assurer la preuve de leur état, l'arrêt du conseil du 16 juin 1685 accorda à des ministres désignés par les intendants la faculté de baptiser les enfants, et un autre arrêt du 15 septembre celle de célébrer le mariage des religionnaires, en présence du principal officier de justice de la résidence du ministre, sans autres témoins que les proches parents des

(1) Exception doit être faite pour les religionnaires d'Alsace, dont la situation resta pendant l'ancien régime toujours régie par les traités : cf. Thibeaud, p. 224 s.

(2) Brillon, *Dict. des arrêts* (Paris, 1727), v° *Mariage;* Papon, *Recueil d'arrests notables* (Lyon, 1569), liv. XV, tit. I, n. 2.

(3) Cf. également arrêt du Conseil du 26 janv. 1665, et Déclar. des 2 avril 1666 et 1er fév. 1669.

(4) Thibeaud, p. 178 s.

conjoints, et à la condition formelle de ne faire ni prêche, ni exhortation. Un certificat émanant d'un des époux devait être inséré, par les soins du ministre, dans un registre qui était tenu au greffe de la plus prochaine juridiction royale (1).

Ce n'était là qu'un premier essai dans la persécution. Bientôt après, l'édit de Nantes était révoqué (édit de Fontainebleau d'octobre 1685), les ministres protestants étaient proscrits sous les peines les plus sévères, et les fidèles qui feraient des assemblées ou exercices « de religion autre que la catholique, apostolique et romaine », menacés de mort. Ainsi privés de leurs pasteurs, comment allait être dorénavant constaté l'état des protestants qui ne consentiraient pas à abjurer? Un siècle durant, la royauté, affectant même de ne pas connaître leur existence, et ne voyant en eux, par la plus odieuse des hypocrisies, que de « nouveaux convertis », abandonna à peu près complètement cette preuve à la discrétion de l'autorité judiciaire, qui, plus humaine et plus tolérante que la loi, s'appliqua peu à peu à la reconstituer (2).

**786.** Pour les naissances d'abord, lorsque les parents, fidèles à leurs croyances jusqu'à la rébellion envers la loi, n'avaient pas fait donner à leurs enfants le baptême catholique, elles ne purent, en cas de contestation, être établies que par la preuve testimoniale, si du moins les tribunaux ne refusaient pas de l'admettre. Il en eût été de même des décès des religionnaires, si, pour ne pas obliger ses sujets catholiques eux-mêmes à en administrer la preuve par témoins, « qui ne peut se faire que par une longue procédure et beaucoup de frais », le roi n'avait décidé, par sa déclaration du 11 décembre 1685, que ces décès seraient constatés sur des registres tenus par le juge royal ou celui du seigneur justicier. Plus tard une déclaration du 9 avril 1736 (art. 13) édicta des prescriptions applicables à tous ceux auxquels la sépulture catholique était refusée, et par suite aux réformés eux-mêmes : or, d'après cet acte, l'inhumation devait être autorisée par le juge de police du lieu, sur les conclusions de la

(1) Brillon, *op. cit.*, v° *Mariages de ceux de la religion prétendue réformée;* Guyot, *Rép.*, v° *Religionnaires*, § VI. — Cf. Thibeaud, p. 183 s.

(2) Thibeaud, p. 185 s.

partie publique, et son ordonnance, mentionnant la date du décès et les noms et qualités du défunt, était transcrite au greffe sur un registre spécial (1).

Mais, pour la célébration de leur mariage, les religionnaires furent replacés sous la loi commune : seuls les curés catholiques pouvaient y procéder, à peine de nullité de leur union, avec toutes les conséquences de cette nullité (Déclarations du 16 décembre 1698 et du 14 mai 1724). C'était mettre les réformés dans la plus cruelle alternative : l'abjuration d'un côté, l'union libre de l'autre. Encore ne leur suffisait-il pas de déclarer qu'ils abjuraient : comme leur conversion pouvait n'être pas sincère, ils devaient passer souvent, avant d'être admis à contracter mariage, par une série d'épreuves destinées à donner la mesure de l'ardeur de leur foi nouvelle, et ils se voyaient même parfois repoussés du sacrement après d'inutiles tortures de conscience. Beaucoup d'ailleurs ne se résignèrent pas, pour l'honneur de la dignité humaine, à ces simulacres d'abjuration, et firent bénir leur union par leurs pasteurs, soit à l'étranger lorsqu'il leur était possible de passer la frontière, soit dans les assemblées tenues « au désert » par les fidèles au péril de leur vie. La nullité de ces mariages n'était pas douteuse : ceux qu'ils unissaient n'étaient aux yeux de la loi que des « concubinaires publics », passibles des peines portées par les édits, et leurs enfants étaient illégitimes. Aussi bon nombre de ces unions furent-elles rigoureusement poursuivies et déclarées nulles par la justice (2).

Mais l'héroïque résistance des religionnaires, inébranlables dans leur foi, finit par lasser la sévérité du juge, de plus en plus accessible, du reste, aux conseils de tolérance. Peu à peu la jurisprudence en vint à protéger ces mariages contre les attaques dont ils étaient l'objet, tantôt en resserrant dans d'aussi étroites limites que possible le cercle des personnes recevables à en constater la validité, tantôt en reconnaissant aux enfants qui en étaient issus la possession de l'état d'en-

(1) Thibeaud, p. 189, 190, et 209 s.

(2) Guyot, *Rép.*, v° *Religionnaires*, § VI ; Thibeaud, p. 191 s. — Cf. cep. Beauchet, *Nouv. rev. hist. de dr. fr. et étr.*, 1882, VI, p. 657.

fants légitimes, tantôt enfin en accordant une certaine valeur, comme modes de preuve, soit aux témoignages de ceux qui avaient assisté au mariage, soit plus ordinairement à l'écrit qui constatait les conventions matrimoniales des époux ou par lequel des notaires leur donnaient un acte de ce qu'ils s'étaient pris pour mari et femme (1).

**787.** Ce n'étaient là que des tempéraments à une situation qui, en se perpétuant, devenait chaque jour plus intolérable. L'état de famille des protestants continuait à dépendre de l'arbitraire souverain du juge, qui, « pressé entre la loi naturelle et la lettre de la loi positive, était forcé de s'écarter de l'une ou de l'autre », et dont la bonne volonté d'ailleurs était parfois paralysée par les circonstances. La société ne pouvait que perdre, pour sa part, à tolérer la formation d'unions légitimes qui n'étaient entourées, par la force des choses, d'aucune des garanties de publicité désirables. Et l'intérêt le plus élevé de l'Eglise elle-même n'était-il pas d'empêcher les simulacres de conversion et la profanation de ses sacrements auxquels devaient se résoudre les réformés chez lesquels le souci de la famille emportait tout? La persécution avait tourné, au reste, à la confusion de ceux qui l'avaient dirigée : un des membres du Parlement de Paris n'estimait pas à moins de 400.000 le nombre des mariages contractés au désert de 1740 à 1778 (2).

Aussi les esprits les plus éclairés demandaient-ils depuis longtemps l'abrogation de lois dont « l'intérêt et le fanatisme cherchaient continuellement à faire usage » (3), lorsque fut publié l'édit du 28 novembre 1787. Ses dispositions, on doit l'observer, étaient d'ailleurs communes à tous ceux qui ne professaient pas la religion catholique et que « la justice et l'intérêt du royaume ne permettaient pas d'exclure plus longtemps des droits de l'état civil ». C'est pourquoi l'édit accordait aux non-catholiques la faculté de faire recevoir les déclarations qui les concernaient, non point, il est vrai, par les

(1) Guyot, *loc. cit.;* Thibeaud, p. 200 s.
(2) Thibeaud, p. 204 s.
(3) Discours de M. de Brétignières au Parlement de Paris, 15 déc. 1778, dans Merlin, *Rép.*, v° *Religionnaires*, § 6.

ministres de leur culte, mais soit par les curés des paroisses, soit par les premiers officiers des justices des lieux, royales ou seigneuriales, auxquels ils ne pouvaient évidemment manquer de s'adresser de préférence. Ainsi furent institués pour la première fois, dans notre pays, de véritables officiers de l'état civil, remplissant une fonction civile et non plus religieuse, quelle que fût leur qualité propre. Mais le progrès réalisé était plus grand encore, si l'on songe aux formes presque exclusivement civiles dans lesquelles allaient être dressés les nouveaux actes de baptême, de décès et de mariage. Les premiers, en effet, ne supposaient pas nécessairement qu'ils eussent été précédés d'une cérémonie religieuse, lorsque du moins les parents du nouveau-né appartenaient à une confession qui ne faisait pas une obligation du baptême, et les seconds intervenaient à la suite d'une simple déclaration, qui n'annonçait nullement que l'inhumation dût être pratiquée suivant un rite déterminé. Enfin, quant au mariage, chose nouvelle en France, la loi civile le dépouillait de son caractère sacramentel : elle en reconnaissait officiellement la légitimité et l'indissolubilité par cela seul qu'il avait été contracté devant l'officier de l'état civil dans les formes requises. Or cet officier pouvait n'être qu'un juge, et ces formes consistaient essentiellement dans l'échange des consentements des époux et dans la déclaration, par l'officier de justice, qu'ils étaient unis « au nom de la loi » (1). D'autre part, pour le passé, les mariages irrégulièrement contractés avant la publication de l'édit étaient appelés, sous certaines conditions, à bénéficier de ses dispositions, si profondément empreintes de l'esprit de tolérance (2).

**788.** L'édit contenait ainsi le germe de la sécularisation complète de l'état civil, c'est-à-dire d'une organisation qui fût en dehors et au-dessus de toute préoccupation religieuse et indépendante de toutes les distinctions de confession et de croyances (3). Cette œuvre devait être consommée par le légis-

(1) Art. 18 de l'édit.

(2) Thibeaud, p. 212 s.

(3) Cf. Condorcet, sur l'état civil des protestants, *Œuvres* (éd. Arago), V, n. 426.

lateur révolutionnaire, comme une conséquence même des principes nouveaux de liberté de conscience et d'égalité devant la loi qu'il avait posés. Non seulement donc les officiers qui allaient être chargés de recevoir au nom de la société les déclarations des parties devaient être des fonctionnaires civils, auxquels tous pourraient s'adresser, sans acception de croyances, mais il ne devait même plus être permis aux particuliers de réclamer de préférence l'intervention des ministres de leur culte, pour faire constater ou consacrer par eux des faits qui se seraient ainsi soustraits à la compétence ou à la connaissance des représentants de la loi. L'autorité spirituelle subordonnée à l'autorité temporelle et libre seulement de sanctifier des faits déjà reconnus par cette dernière, tel devait être le résultat suprême de l'évolution dont le commencement avait été marqué par la lutte des légistes contre le droit canon et les juridictions ecclésiastiques, et dont la fin, après l'impulsion que lui avait donnée la Réforme, devait coïncider avec la victoire des idées de tolérance (1).

**789.** Aussi est-ce dans la première constitution que se donna la France que fut déposé le principe de la sécularisation de l'état civil : « La loi ne considère le mariage que » comme contrat civil. — Le pouvoir législatif établira pour » tous les habitants, sans distinction, le mode par lequel les » naissances, mariages et décès seront constatés, et il désigneront les officiers publics qui en recevront et conserveront les actes. » (Const. de **1791**, tit. II, art. 7). La loi ainsi annoncée fut celle des **20-25** septembre **1792**, qui créa effectivement un mariage purement civil, le seul désormais reconnu par le droit positif, confia exclusivement aux municipalités la tenue des nouveaux registres, et décida qu'à l'avenir ceux-ci feraient seuls foi en justice (2). Dans le détail elle reproduisait, avec les améliorations ou les compléments reconnus nécessaires, les règles anciennes, lorsque du moins elles n'étaient pas incompatibles avec l'état de choses nouveau.

(1) Cf. Thibeaud, p. 255 s

(2) Cette disposition a passé dans l'art. 55 de la loi du 18 germinal an X, relative l'organisation des cultes. Il va de soi, d'ailleurs, qu'elle est étrangère aux actes régulièrement reçus avant la loi de 1792. — Cf. Aubry et Rau, I, § 55, p. 286, n. 5.

D'autre part elle réglementait les formes du divorce, qui s'introduisait, par une loi portant la même date, dans notre législation. Par une déclaration solennelle elle affirmait enfin (art. 6) que les citoyens conservaient entière, malgré les innovations réalisées, la « liberté qu'ils ont tous de consacrer les » naissances, mariages et décès par les cérémonies du culte » auquel ils sont attachés, et par l'intervention des ministres » de ce culte ». Malheureusement la situation troublée qui suivit la constitution civile du clergé empêcha pendant trop longtemps les catholiques de profiter de cette liberté, et souvent aussi le législateur révolutionnaire ne sut pas se garder de la tentation d'empiéter à son tour sur le domaine spirituel, trop récemment séparé du temporel, à vrai dire, pour qu'il en pût être différemment (1).

La transformation opérée par la loi de 1792 et consommée par de nombreux actes postérieurs, dont il serait superflu, à raison de leur mince intérêt, de donner ici la liste (2), n'eut pas dans les premiers temps tous les bons résultats qu'il était permis d'en attendre. Les nouveaux officiers de l'état civil se montrèrent fréquemment inférieurs à leur tâche, non seulement par leur négligence, mais, ce qui était pis, par leur infidélité, et un trop grand nombre manifestèrent une complaisance coupable pour les déclarations frauduleuses. Toutefois, s'il était encore nécessaire, lors de la confection du code civil, de les rappeler énergiquement au sentiment de leurs devoirs, on ne songea pas à remettre en question le principe de la laïcité de l'état civil, qui sortit triomphant de cette nouvelle épreuve. Siméon, dans son rapport au tribunat (3), sans dissimuler les reproches auxquels s'étaient exposés les fonctionnaires civils, revendiqua pour la nation, en termes d'une netteté parfaite, le droit d' « établir, pour tous » les citoyens, des registres et des officiers dont ils pussent » tous se servir sans répugnance ». « Quand même tous les » Français, ajoutait-il, professeraient le même culte, il serait

(1) Thibeaud, p. 229 s.

(2) Cf. Thibeaud, p. 238 s.

(3) Locré, *Lég.*, III, p. 201 et 202, n. 3-5. Cf. aussi Chabot, *Disc. au Corps lég., eod. loc.*, p. 223, n. 5.

» bon encore de marquer fortement que l'état civil et la » croyance religieuse n'ont rien de commun ; que la religion » ne peut ni ôter ni donner l'état civil ; que la même indépen- » dance qu'elle réclame pour ses dogmes et pour les intérêts » spirituels, appartient à la société pour réclamer et mainte- » nir l'état civil et les intérêts temporels » (1).

Ces vues, dans lesquelles entrèrent complètement les rédacteurs du code, quoique celui-ci ne désigne pas les fonctionnaires appelés à être officiers de l'état civil, n'ont été depuis lors sérieusement contredites qu'une fois dans nos assemblées législatives. Une proposition fut déposée le 8 janvier 1816, à la Chambre des députés par M. Lachèze-Murel, « tendante à faire rendre aux curés et desservants les fonctions d'officiers de l'état civil, et attribuer les mêmes fonctions aux ministres des autres cultes chrétiens ». Mais l'échec même de cette proposition, conçue dans le but avoué de « replacer ceux qui ne pratiquent pas sous l'influence de la religion », et favorisée pourtant par l'esprit de réaction qui soufflait alors en France, prouve mieux que tous les raisonnements (2) que le principe de la sécularisation défie désormais toutes les attaques (3).

**790.** Etablie à cet égard sur des bases définitives, l'institution de l'état civil demande encore aujourd'hui à être complétée sous d'autres rapports. Etant donné son but, qui est de renseigner le public sur tous les faits de nature à influer sur la situation civile d'une personne et de sauvegarder par là les intérêts pécuniaires et moraux qu'une ignorance ou une erreur à ce sujet peut gravement compromettre, il s'en faut qu'elle le remplisse avec toute l'efficacité désirable.

Les faits constitutifs ou modificatifs de l'état et de la capacité des personnes ne sont point tous, en effet, soumis actuel-

(1) Thibeaud, p. 239 s.

(2) Même en 1816, au reste, la laïcité sut trouver des défenseurs : MM. d'Haussez, de Catellan et Duvergier de Hauranne se rangèrent parmi eux. M. Lombard affirma « la nécessité de séparer l'acte religieux de l'acte civil. On ne conçoit pas en effet, disait-il, ce qu'il peut y avoir de commun entre eux ; le premier est tout divin, on y stipule avec le ciel ; le second n'a rien que d'humain, c'est une garantie purement sociale. Ces deux actes ne peuvent être confondus puisqu'ils n'ont ni le même but, ni les mêmes effets ».

(3) Thibeaud, p. 243 s.

lement au même mode de publicité. Tandis que pour les uns cette publicité est organisée d'une façon permanente par leur constatation sur des registres mis à la disposition de tous ceux qui ont intérêt à les connaître, pour d'autres, au contraire, elle est plus ou moins éphémère, étant assurée par des insertions dans les feuilles publiques ou des affichages en des lieux déterminés, dont l'effet utile ne peut se produire que pendant un certain temps et dans un rayon limité autour du lieu où la publication s'opère. Celle-ci ne laisse pas de traces après elle, et l'impression même qu'elle fait tant qu'elle dure n'est guère profonde : elle ne touche que ceux que l'intérêt du moment oblige à la connaître, elle n'atteint pas les intéressés futurs qui n'entreront en rapports que par la suite avec la personne qu'elle concerne. Pour la généralité du public, la publicité sera donc survenue trop tôt; elle aura cessé à l'heure même où le besoin s'en fera le plus sentir : le journal qui lui avait servi de véhicule sera oublié et même détruit, l'affiche aura été recouverte par d'autres, et tout le monde aura perdu le souvenir d'un fait qui devrait être gravé dans toutes les mémoires. Peut-être même la personne qu'il concernait se sera-t-elle prémunie contre les indiscrétions de l'annonce officielle en s'éloignant du lieu où elle a été faite, et mise ainsi en mesure de cacher à tous son véritable état ou sa vraie capacité. Or le danger de ces dissimulations n'a jamais été plus grand qu'à notre époque, où la facilité et la fréquence des déplacements mettent constamment en présence des contractants qui ne se connaissaient guère avant de se rapprocher, peut-être pour conclure des conventions d'une importance capitale, et où les relations se nouent et se dénouent avec une aisance à la fois pleine d'avantages et de périls. La loi devrait donc fournir le moyen de découvrir à tout instant la situation au vrai de toute personne, en dépit de ses pérégrinations ou de ses réticences, et organiser en conséquence une publicité aussi durable que l'intérêt des tiers à savoir la vérité.

**791.** Or c'est ce qu'elle n'a pas fait en France, en dépit des modifications qu'a subies sur ce point notre législation depuis la promulgation du code civil, notamment en vertu

des lois du 10 juillet 1850, du 16 mars 1893 et du 17 août 1897.

Même pour les actes relatifs à l'état proprement dit, elle n'en ordonne pas toujours la publication : si la naissance, l'adoption, le mariage, le divorce, le décès et la reconnaissance d'enfant naturel elle-même doivent être constatés sur les registres de l'état civil, cette dernière ne doit pas nécessairement y être mentionnée lorsqu'elle n'intervient pas devant l'officier municipal. Et l'un des éléments les plus importants de l'état, la nationalité, ne figure pas parmi les énonciations de nos registres.

Mais c'est surtout sur la capacité des personnes que ces registres fournissent le moins d'éléments d'instruction, à moins qu'elle ne dérive sans aucune modification d'un des faits relatifs à l'état qui doivent y être consignés. Sauf au cas où le mineur est commerçant (1), l'émancipation qui lui est conférée n'est portée à la connaissance des intéressés par aucune publicité spéciale. Ils sont bien mis en garde contre l'incapacité qui résulte, pour la femme mariée avec un non-commerçant, de ses conventions matrimoniales, par la mention qui doit, depuis 1850 (2), figurer dans l'acte de mariage, mais celui-ci ne leur apprend pas l'étendue précise de cette incapacité. Celles qui résultent d'une condamnation criminelle ou d'une déclaration de faillite, les modifications qu'apportent à la capacité de la femme mariée la séparation de corps et de biens et le divorce, ne sont l'objet que d'une publicité qui a lieu par voie d'affichage ou d'insertion dans les journaux (3). Et il en était de même des décisions prononçant une interdiction judiciaire ou nommant à un prodigue ou à un faible d'esprit un conseil judiciaire (4), lorsque la loi du 16 mars 1893 est venue, pour ces décisions, renforcer cette publicité par l'institution, au greffe du tribunal civil, d'un registre spécial sur lequel elles doivent être inscrites.

(1) Cf. art. 2 C. co.

(2) Cf. loi du 10 juill. 1850, et art. 75, 76, 1391 et 1394 C. civ. ; art. 67 et 69 C. co. ; art. 872 C. pr.

(3) Cf. art. 36 C. pén. ; art. 866-868, 872 C. pr. ; art. 250 C. civ., art. 66, 67 et 442 C. co. — Cf. cep. N. art. 311 C. civ., modifié par la loi du 6 fév. 1893.

(4) Cf. art. 501 C. civ. et 897 C. pr. ; décret du 16 fév. 1807, sur le Tarif, art. 92.

C'est qu'en effet la publicité par la voie des placards ou de la presse est nécessairement plus précaire, quoiqu'elle se traduise par des manifestations extérieures, que la silencieuse et discrète publicité des registres. Ceux auxquels ces manifestations ont échappé restent dans l'ignorance du fait qu'elles avaient pour but de leur faire connaître, et cette ignorance menace de demeurer définitive, parce qu'elles ne se renouvellent pas et qu'après elles il ne peut rester qu'un souvenir plus ou moins fugitif. Les registres au contraire conservent toujours à la disposition des intéressés la mémoire des faits qui y sont consignés : ce sont des sources de renseignements toujours ouvertes et auxquelles on ne puise qu'à l'instant précis où l'on a intérêt à le faire.

Mais, sans plus parler de son étendue, l'organisation de la publicité par les registres est encore, en France, très insuffisante. C'est effectivement un principe de notre état civil que tout fait qui s'y rapporte (naissance, mariage, décès, reconnaissance d'enfant naturel, adoption) doive être constaté sur les registres du lieu où il s'est accompli. Ce n'est que dans de rares circonstances, et à titre exceptionnel, qu'il doit être mentionné en marge d'un autre acte antérieurement reçu (art. 62 et 251, art. 76 et 331, modifiés par la loi du 17 août 1897), ou même, comme pour les jugements de divorce, transcrit sur les registres d'un lieu autre que celui où il s'est accompli, au lieu de célébration du mariage (art. 251). Il en résulte qu'à part ces exceptions les actes relatifs à l'état civil d'un même individu sont sans lien entre eux : épars dans des registres situés en des endroits différents, ils ne peuvent être rassemblés, pour refléter dans son ensemble le véritable état d'une personne, qu'avec l'aide de celle-ci, qui est parfois justement intéressée à cacher certains d'entre eux. En somme, ces registres renseignent surtout les tiers qui connaissent déjà ou soupçonnent l'événement dont ils cherchent la preuve régulière ou la confirmation, et qui savent le lieu où cet événement s'est accompli : ils restent muets et gardent leur secret au contraire pour tous ceux qui auraient le plus besoin d'être renseignés.

**792.** Aussi ces lacunes de notre organisation ont-elles

depuis longtemps suggéré l'idée de l'institution d'un *casier civil,* analogue par son but et par les procédés d'exécution au *casier judiciaire,* et qui rendrait en matière civile les mêmes services que rend ce dernier en matière criminelle (1). Il aurait effectivement pour objet de concentrer en un lieu unique tous les renseignements relatifs à la condition civile d'une personne, soit quant à son état, soit quant à sa capacité, et qui aujourd'hui restent, à raison de leur éparpillement, trop souvent ignorés; et ce lieu devrait être naturellement celui de la naissance, car c'est là qu'est dressé le premier acte relatif à la personne, et il est déterminé une fois pour toutes. Lui connu, rien ne serait plus aisé que d'être informé de l'exacte condition d'un individu, puisque tous les actes qui la modifient devraient y converger, pour être mentionnés sur un tableau annexé à l'acte de naissance ou sur un feuillet consacré à chaque personne.

Telle est, réduite à ses termes essentiels, la conception du casier civil, que des propositions législatives récentes (2) et de nombreux travaux de publicistes ont mise en œuvre de façons très différentes. Il suffira de dire ici qu'on a le plus généralement proposé de placer le registre-casier au chef-lieu de chaque arrondissement, d'en confier la tenue, soit au greffier du tribunal civil, soit au conservateur des hypothèques, et de créer à Paris un casier central pour les Français nés hors de France. A l'acte de naissance qui figure déjà sur

(1) Loir, *Compte rendu de l'Acad. des sciences morales et pol.,* 1856, 4e trimest., p. 429, et 1863, 1er trimest., p. 215, et *Rev. prat.,* 1863, XV, p. 417, et XVI, p. 316; d'Albiousse, *Rev. prat.,* 1860, IX, p. 457, et 1862, XIII, p. 332; Billard, *De l'insuffisance du mode légal de publicité des faits de l'état civil,* Paris, 1878; Petiet, *Rev. crit.,* 1887, XVI, p. 582 s.; L. Theureau, *Les casiers judiciaires et un projet de casier civil,* Paris, 1892; Discussion à l'Acad. des sciences mor. et pol., *Compte rendu,* 1892, 1er semest., p. 681 s.; Lesmaris, *Etude sur la publicité de l'état des personnes,* Paris, 1899; Sermet, *Le casier civil,* Toulouse, 1901, et *La question du casier civil, Lois nouvelles,* 1906, IIe part., p. 75.

(2) Proposition de M. Michelin, déposée à la Chambre des députés le 23 mars 1886, *J. off.,* 1886, *Doc. parl.,* Ch. des dép., p. 1301, et déposée de nouveau le 22 janv. 1894, *J. off.,* 1894, *Doc. parl.,* Ch. des dép., p. 85; proposition de M. J. Morel, déposée à la Ch. des dép. le 5 fév. 1887, *J. off.,* 1887, *Doc. parl.,* Ch. des dép., p. 302, et rapport de M. Ganivet, p. 373; proposition de M. l'abbé Lemire, déposée à la Ch. des dép. le 8 juil. 1904, *J. off.,* 1904, *Doc. parl.,* Ch. des dép., p. 902.

les registres serait annexé, soit en marge, soit pour l'avenir à la suite de l'acte, un tableau où seraient consignés tous les faits qui modifient l'état ou la capacité de la personne à laquelle il se rapporte : changements de nationalité, adoption, reconnaissance, légitimation, mariage, séparation de corps, divorce, veuvage, décès, rectifications d'état civil, absence, interdiction, nomination de conseil judiciaire, faillite et liquidation judiciaire, concordat, réhabilitation, contrat de mariage, séparation de biens, rétablissement du contrat de mariage, privations de droits civils, etc. Et l'officier public chargé de la tenue du casier recevrait du fonctionnaire devant lequel le fait aurait été constaté ou se serait accompli un extrait sommaire de l'acte affectant l'état ou la capacité de la personne (1).

**793.** Au surplus la loi du 16 mars 1893 et le décret réglementaire du 11 mai suivant se sont déjà inspirés de ces propositions et ont jeté de la sorte les premiers fondements de l'institution du casier civil (2).

La création des « livrets de famille », dont le préfet de la Seine a pris dès 1875 l'initiative, en conformité d'un vœu exprimé par la commission de reconstitution des actes de l'état civil de la ville de Paris, permet d'autre part de grouper sur un même petit registre, dont chaque famille a la garde, les énonciations principales des actes les plus importants (naissances, mariages et décès) qui intéressent ses membres. Dans ce but, il est délivré gratuitement aux époux, lors de la célébration de leur mariage, un livret sur lequel doivent être mentionnés, à mesure que l'officier public procède à leur constatation, les principaux faits de l'état civil qui les concernent, eux ou leurs enfants. Cette heureuse pratique, recommandée aux municipalités des départements par plusieurs circulaires (3), a été consacrée par la loi du 5 avril 1884

(1) Cpr. Planiol, I, n. 454 s.

(2) Cf. Charmont, *Rev. crit.*, 1893, XXII, p. 468 s., et rapp. de M. Thézard au Sénat, *J. Off.*, 1893, Sénat, *Doc. parl.*, p. 1 s.

(3) Circ. du garde des sceaux, du 18 nov. 1876; du min. de l'intérieur, du 8 mars 1877 et du 15 fév. 1879. — Cf. Béquet, n. 760.

(art. 136-4°) (1), qui fait figurer les frais du livret parmi les dépenses obligatoires des communes.

Enfin la loi du 17 août 1897, en ajoutant aux art. 76 et 331 C. civ. des dispositions aux termes desquelles les actes de mariage et de légitimation doivent être mentionnés en marge des actes de naissance des époux ou de l'enfant légitimé, a donné un commencement de satisfaction à ceux qui réclament que tous les actes de l'état civil de chaque personne soient groupés en un lieu unique.

**794.** Le titre II, intitulé « Des actes de l'état civil », est divisé en six chapitres. Le premier contient les règles générales relatives aux actes de l'état civil, les second, troisième et quatrième renferment les règles spéciales aux actes de naissance, de mariage et de décès, le chapitre V traite des actes concernant les militaires et marins dans certains cas spéciaux, et enfin le chapitre VI de la rectification des actes de l'état civil. C'est ce plan même que nous suivrons, sauf à ne traiter des actes de mariage qu'au titre V.

## CHAPITRE PREMIER

### DISPOSITIONS GÉNÉRALES

**795.** Sous ce titre il faut traiter dans sept paragraphes : 1° des personnes qui figurent dans les actes de l'état civil ; 2° des règles générales relatives à la rédaction de ces actes ; 3° de la tenue des registres ; 4° de la nature des actes de l'état civil, de leur force probante ; 5° des cas dans lesquels la loi autorise exceptionnellement la preuve par témoins des faits de l'état civil ; 6° de la sanction des dispositions relatives à la rédaction des actes et à la tenue des registres ; 7° des actes de l'état civil des Français en pays étranger et des étrangers en France.

(1) Circ. du min. de l'intérieur, du 15 mai 1884.

## § I. *Des personnes qui figurent dans les actes de l'état civil.*

**796.** Les personnes qui figurent, en général, dans les actes de l'état civil sont : 1° l'officier de l'état civil ; 2° les parties ; 3° les comparants ou déclarants ; 4° les témoins. Mais les rôles que remplissent ces différentes personnes sont parfois confondus. C'est ainsi que les déclarants sont en même temps témoins dans un acte de décès, que les époux sont en même temps comparants et parties dans un acte de mariage, et que l'officier de l'état civil pourrait peut-être dresser, sinon l'acte dans lequel il serait lui-même partie (acte de mariage), du moins celui dans lequel il serait déclarant (acte de naissance ou de décès), sans l'exposer nécessairement à la nullité.

### I. *De l'officier de l'état civil.*

**797.** L'officier de l'état civil est le rédacteur de l'acte ; c'est à lui que doivent être faites toutes les déclarations nécessaires pour le dresser.

Successivement exercées, dans chaque commune, par un ou plusieurs délégués du conseil général, sous l'empire de la loi de 1792 (tit. I, art. 1), puis, sous celui de la constitution de l'an III (art. 28), par un agent élu par ses concitoyens (1), les fonctions d'officier de l'état civil sont actuellement confiées en France au maire et à ses adjoints, aux termes des art. 13 à 16 de la loi du 28 pluviôse an VIII, que le code civil n'a point abrogés et dont les dispositions ont été implicitement confirmées par la loi municipale du 5 avril 1884 (art. 92). Tel est du moins le principe auquel, on le verra, il a été apporté des dérogations en vue de circonstances particulières (2).

C'est au maire, en premier lieu, que ces fonctions appartiennent. Mais les adjoints et les conseillers municipaux peu-

(1) Thibeaud, p. 230, 231 et 239.

(2) Cf. aussi Loi sur la police sanitaire, du 3 mars 1822 (art. 19) ; décret sur la police sanitaire, du 24 déc. 1850 (art. 45) ; décret sur la police sanitaire maritime, du 22 fév. 1876 (art. 123).

vent être appelés à les remplir, à sa place, par voie de suppléance ou par voie de délégation.

**798.** Par voie de suppléance, lorsque le maire est empêché par une cause quelconque : son remplacement par un adjoint ou, à défaut, par un conseiller municipal, est alors de droit. Aux termes, en effet, de l'art. 84 de la loi du 5 avril 1884 : « en cas d'absence, de suspension, de révocation ou de tout autre empêchement, le maire est provisoirement remplacé, dans la plénitude de ses fonctions, par un adjoint dans l'ordre des nominations, et à défaut d'adjoints, par un conseiller municipal désigné par le conseil, sinon pris dans l'ordre du tableau. »

**799.** Par voie de délégation, dans trois cas différents :

1er Cas. Le maire peut, par arrêté, déléguer, en tout ou en partie, l'exercice de ses fonctions d'officier de l'état civil à l'un quelconque ou à plusieurs de ses adjoints, et, à leur défaut, à un conseiller municipal, sans qu'il soit nécessaire de suivre ici l'ordre du tableau (Circ. min. du 30 juillet 1807, et loi du 5 avril 1884, art. 82).

Cette délégation est indispensable, même aux adjoints auxquels l'exercice de la fonction d'officier de l'état civil n'appartient pas en propre, en dehors des cas de suppléance. L'opinion de M. Demolombe (1), qui soutenait le contraire, par ce motif que la loi du 28 pluviôse an VIII attribue ces fonctions concurremment et collectivement au maire et aux adjoints, était restée à peu près isolée. Cette loi, en parlant des adjoints, semble ne viser en effet que leur rôle ordinaire de suppléants du maire, et non point leur faire partager avec celui-ci les fonctions d'officier de l'état civil (2). Toutefois, l'avis du Conseil d'Etat du 8 mars 1808 décide qu'à Paris les adjoints n'ont pas besoin d'être pourvus de cette délégation.

Quand elle est requise, le délégué doit la mentionner expressément dans les actes qu'il dresse (Circ. min. du 30 juillet 1807).

(1) I, n. 278-2°. — Cpr. Coin-Delisle, *Actes de l'état civil*, introd., n. 8 et 9.

(2) Aubry et Rau, I, § 56, p. 287, n. 3 *bis* ; Rieff, n. 22 ; Mersier, n. 19 ; Fuzier-Herman, art. 34, n. 46. — Cpr. Angers, 25 mai 1822, S., 23. 2. 105, concl. de M. Allain-Targé, D., *Rép.*, v° *Acte de l'état civil*, n. 30. — Metz, 19 août 1824, S., 25. 2. 296, D., *Rép.*, v° *Paternité et filiation*, n. 517.

**800.** La délégation peut être irrégulière : elle l'est dans le cas, par exemple, où un conseiller municipal a été délégué alors qu'il y avait un adjoint non empêché (1). Elle était encore susceptible de l'être, avant la loi de 1884, lorsque le maire n'avait pas tenu compte, en déléguant un conseiller municipal, de l'ordre du tableau (loi du 18 juillet 1837, art. 14 ; loi du 5 mai 1855, art. 4). L'irrégularité de la délégation entraîne-t-elle la nullité des actes reçus par le délégué ?

Cette grave question, qui se posa, antérieurement à la loi de 1884, à l'occasion des mariages de Montrouge, reçut de la Cour suprême une réponse négative, et cette opinion fut partagée par la cour de Paris (2), ainsi que par d'éminents jurisconsultes (3).

Réduite à ses termes essentiels, l'argumentation des partisans de cette opinion consiste à dire que la loi des 20-25 septembre 1792, en confiant aux municipalités la tenue des actes de l'état civil, a donné indistinctement à tous les membres de ces corps « le principe d'une aptitude particulière » pour recevoir ces actes, et leur a conféré à tous à cet égard une « compétence collective, égale et simultanée ». Il est vrai que la loi du 28 pluviôse an VIII a réservé spécialement au maire les fonctions d'officier de l'état civil : mais l'arrêté consulaire du 2 pluviôse an IX (art. 7), le décret du 4 juin 1806 (art. 5) et de nombreux actes postérieurs lui ont accordé la faculté de les déléguer aux adjoints et aux conseillers municipaux, qui conservent ainsi en quelque sorte une conpétence latente. Cette délégation était soumise, sans doute, à certaines règles, et le maire devait suivre, en la faisant, l'ordre qui ressortait de la combinaison de la loi du 18 juillet 1837 (art. 14) avec

(1) Il est donc inexact de dire, comme on l'a fait (Planiol, 2e édit., I, p. 198, note 1), que la question ne peut plus se poser depuis la loi de 1884.

(2) Civ. cass., 7 août 1883, S., 84. 1. 1, rapp. de M. Monod, concl. de M. Barbier et note de M. Labbé, D., 84. 1. 4, note de M. Ducroq. — Paris, 20 août 1883, S., 84. 2. 20. — Cpr. Trib. La-Roche-sur-Yon, 13 mars 1883, S., 84. 2. 20, D., 83. 2. 49, note de M. Ducrocq. — Crim. rej., 28 avril 1883, S., 84. 1. 46, D., 83. 1. 273.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 288, n. 3 *ter*, et V, § 467, texte 6, n. 20 *bis;* Huc, I, n. 310; Labbé, note précitée. — Cpr. Leberquier, *Gaz. des Trib.*, 15 mars 1883; Faustin-Adolphe Hélie, *France jud*, 1883, 1re part., p. 275; Wallon, *Rev. crit.*, 1884, XIII, p. 11 s.

les art. 5 de la loi du 21 mars 1831 et 4 de la loi du 5 mai 1855. Mais aucune disposition législative « n'a attaché à ces prescriptions la sanction de la nullité, et les nullités ne se suppléent pas ». Il suit de là « qu'une irrégularité dans la délégation ne saurait avoir pour effet d'enlever aux membres de la municipalité désignés par le maire pour le remplacer, la capacité nécessaire pour remplir les fonctions d'officier de l'état civil, et qu'elle ne saurait entraîner la nullité des actes auxquels ils ont concouru en cette qualité ». Cette solution peut seule, ajoute-t-on, donner satisfaction à l'intérêt des familles, car il est en fait impossible aux parties qui comparaissent devant un magistrat municipal de s'assurer que la délégation qu'il a reçue est valable, à raison de l'empêchement de l'officier de l'état civil et de tous ses suppléants.

Mais de graves objections théoriques ont été faites à cette solution (1). On peut remarquer d'abord que la loi de 1792 consacrait le principe de l'aptitude successive, et non pas simultanée, des membres du corps municipal, puisque, aux termes de l'art. 4, l'officier public devait être, en cas d'empêchement légitime, « remplacé par le maire, ou par un officier municipal, ou par un autre membre du conseil général à l'ordre de la liste ».

Au surplus cette loi n'a pas survécu à la loi de pluviôse an VIII, qui, retirant à l'agent particulier, institué jusque-là pour les remplir, les fonctions d'officier de l'état civil et les réunissant aux fonctions municipales, les conféra en première ligne au maire, et à ses adjoints à titre de suppléants. Or, si cette loi de l'an VIII, dont les dispositions ont été confirmées par toutes celles qui ont suivi, a expressément réservé au maire des attributions d'officier de l'état civil, comment alors les reconnaître, même à l'état latent, aux autres membres du corps municipal qui ne sont pas, par leur rang d'élection, appelés à le remplacer, et invoquer en ce sens une loi abrogée et conçue dans un esprit tout différent ? En réalité l'aptitude de chacun des membres de la municipalité à l'exercice

(1) Ducrocq, note précitée; Fuzier-Herman, *Gaz. des tribunaux*, 23 mars 1883; Bonnet, *France judiciaire*, 1883, 1re part., p. 239 et 338. — Cf. aussi circ. du garde des sceaux, du 12 mars 1883, S., 84, *Lois ann.*, p. 544.

des fonctions d'officier de l'état civil est aujourd'hui simplement conditionnelle : elle est subordonnée à l'empêchement de tous ceux qui sont appelés avant lui à suppléer le maire ou à recevoir de lui une délégation, et sa compétence ne naît qu'à défaut de ces derniers eux-mêmes. En dehors de ce cas elle est nulle, et par suite les actes qu'il pourrait recevoir en une qualité qui ne lui appartient pas sont aussi frappés de nullité. Vainement objecterait-on que cette nullité n'est pas expressément prononcée par la loi, car elle résulte invinciblement du défaut de compétence en la personne de celui qui exerce un ministère auquel il est tout à fait étranger.

Ces motifs purement juridiques, et d'une logique serrée, auraient dû, semble-t-il, l'emporter, comme ils devraient triompher encore dans les cas où la question peut se poser, si la préoccupation d'assurer le repos des familles, en les mettant à l'abri des conséquences d'irrégularités contre lesquelles il leur est difficile de se prémunir, ne devait faire envisager cette question sous un autre aspect. Ne peut-on en effet, pour maintenir la validité d'actes reçus dans de pareilles conditions, s'appuyer sur la foi publique et la vieille maxime *error communis facit jus,* alors du moins que l'exercice des fonctions dont l'officier était irrégulièrement investi n'avait soulevé aucune protestation et qu'il en avait en fait la possession incontestée ? Il semble bien qu'on soit reçu à étendre à cette difficulté le même principe qu'on a toujours, depuis le droit romain et la célèbre loi *Barbarius Philippus* (1), appliqué à des situations semblables, et notamment aux cas où l'officier institué n'avait pas la capacité légale requise pour exercer ses fonctions (2) ou n'en avait pas été investi dans des formes régulières (3). Car c'est une règle de bon sens qu'on ne doit pas faire subir aux personnes les conséquences des erreurs ou des irrégularités qui sont imputables en premier lieu à d'autres qu'à elles et qui sont le fait de l'autorité même à laquelle elles doivent s'adresser (4).

(1) L. 3, D., *De offic. prætor.*, I, 14.
(2) Req. rej., 6 mai 1874, S., 74. 1. 471, D., 74. 1. 412, rapp. de M. Connelly.
(3) Rennes, 28 mai 1878, *Le Droit*, 30 juin.
(4) Cpr. Beudant, I, n. 99 s. — Cf. également l'application qui fut faite de ce

**801.** 2e Cas. Les fonctions d'officier de l'état civil peuvent être déléguées par le préfet, au cas où le maire refuse ou néglige de les exercer, à un adjoint ou à un conseiller municipal (arg. art. 85 de la loi du 5 avril 1884). Mais il ne semble pas que le préfet puisse, par application de cette disposition, les exercer lui-même (1), pas plus que prendre le délégué en dehors du conseil municipal.

**802.** 3e Cas. Lorsqu'un obstacle ou l'éloignement rendent difficiles ou momentanément impossibles les communications entre le chef-lieu et une fraction de la commune, les fonctions d'officier de l'état civil sont remplies par un adjoint spécial, qui peut être institué par un décret rendu en Conseil d'Etat, sur la demande du conseil municipal. Elu par celui-ci, il doit être choisi parmi ses membres, et, à défaut de conseiller résidant dans la fraction de commune ou en cas d'empêchement de tous ceux qui y résident, parmi les habitants de cette fraction (art. 75 de la loi du 5 avril 1884).

**802** *bis.* Enfin ces fonctions sont remplies, en cas de dissolution du conseil municipal, ou de démission de tous ses membres en exercice, ou d'impossibilité de le constituer, par le président, le vice-président ou les membres de la délégation qui le remplace (loi du 5 avril 1884, art. 44 et 87).

**803.** Les attributions des officiers de l'état civil sont :

1° De constater les naissances et d'en dresser acte (art. 55 et 56) ;

2° De recevoir les reconnaissances d'enfants naturels et d'en dresser acte (art. 62 et 334) ; mais leur compétence à cet égard n'est pas exclusive :

3° De célébrer les mariages, après avoir fait les publications requises par la loi, et d'en dresser acte (art. 63, 75 et 165) ;

4° De constater les décès et d'en dresser acte (art. 78) ;

principe, par la loi du 6 janvier 1872, aux actes reçus depuis le 4 septembre 1870 dans les départements, par les personnes qui avaient à ce moment « l'exercice public des fonctions municipales ou celles d'officier d'état civil, à quelque titre et sous quelque nom que ce soit », et aussi la loi des 19-23 juillet 1871, pour les actes reçus à Paris par les fonctionnaires de la Commune, qui, tout en ordonnant de les blâmer, se garda bien de les considérer comme non avenus.

(1) *Contra :* Planiol, I, n. 466 ; Surville, I, n. 94.

5° De tenir les registres de l'état civil, c'est-à-dire d'écrire sur ces registres tout ce qui doit y être porté, savoir :

*a*. Tous les actes que l'officier de l'état civil rédige lui-même en cette qualité et qui ont été déjà énumérés ;

*b*. Certains actes rédigés par d'autres officiers publics, tels que les actes d'adoption, les actes reçus en mer, les actes concernant les militaires dans des cas spéciaux, les actes de célébration des mariages contractés en pays étranger suivant les formes du lieu (art. 359, 60, 61, 80, 82, 87, 92, 94, 98, 101, 171) ;

*c*. Divers jugements, tels que les jugements de divorce (art. 251 et 252) et ceux qui ordonnent la rectification d'un acte de l'état civil ou l'insertion d'actes omis (art. 101 et 198) ;

*d*. Enfin les mentions qui doivent être faites, dans certains cas, en marge d'actes de l'état civil déjà inscrits (art. 49, 62, 67, 76, 92, 101, 251, 311, 331) ;

6° De veiller à la conservation des registres courants et de ceux des années antérieures déposés aux archives de la commune, et d'en délivrer des extraits à tout requérant.

**803** *bis*. Lorsqu'un officier de l'état civil n'obtempère pas à la réquisition qui lui est régulièrement faite et refuse de dresser un acte, non seulement il s'expose à la censure des autorités dont il relève ou aux peines édictées par la loi et devient passible de dommages-intérêts, mais il peut être aussi poursuivi en justice par les voies ordinaires ; et la décision obtenue contre lui, une fois inscrite sur les registres, tient lieu de l'acte qu'il s'est refusé à dresser, à moins, bien entendu, que son intervention ne fût en l'espèce absolument nécessaire, comme pour la célébration d'un mariage [1]. Il est vrai qu'en pareil cas le préfet pourrait déléguer un autre officier à la place de l'officier récalcitrant. Mais les intéressés ont dans la possibilité de recourir directement à la justice un moyen plus sûr d'échapper aux conséquences de la mauvaise volonté ou de l'inertie administratives.

**803** *ter*. Dans l'exercice de ses attributions, l'officier de

[1] Huc, I, n. 312 ; Chéneaux, *Autorité de la ch. jugée sur les quest. d'état et de cap.* (Thèse, Bordeaux), 1895, n. 212. — Pau, 16 mai 1853, S., 53. 2. 491, D., 54. 5. 13. — Cpr. Planiol, I, n. 466 ; Surville, I, n. 94.

l'état civil n'est d'ailleurs investi d'aucun pouvoir de juridiction (1). Ce principe reçoit de très importantes applications dans la théorie des oppositions à mariage.

**804.** La compétence des officiers de l'état civil est territoriale, et non personnelle. Cette règle doit être entendue en ce sens qu'ils ne peuvent exercer leur ministère que dans les limites du territoire de leur commune et à raison de faits qui se produisent sur ce territoire, quel que soit d'ailleurs le domicile des parties. Ainsi un acte de décès ne peut être dressé que par l'officier de l'état civil du lieu et sur le territoire de la commune où il s'est produit, quel qu'ait été le domicile du défunt. Toutefois ce principe comporte, en ce qui concerne le mariage, une exception d'une certaine nature, résultant des art. 74 et 165 et qui sera ultérieurement expliquée (2), et il en souffre deux autres relativement au divorce et à l'adoption (art. 251 et 359).

**805.** La compétence de l'officier de l'état civil cesse-t-elle lorsque l'acte intéresse ses parents ou ses alliés? La négative s'impose, en l'absence de toute défense analogue à celle qui a été faite aux notaires par l'art. 8 de la loi du 25 ventôse an XI. Il est vrai que des instructions ministérielles, en date du 21 juillet 1818 et du 16 novembre 1824, prescrivent aux officiers de l'état civil de s'abstenir de recevoir ou de dresser les actes concernant leurs propres enfants, les déclarations nécessaires fussent-elles faites par d'autres personnes. Mais ces instructions, quoique dictées par les plus sages motifs, n'ont pas d'autorité légale, et dès lors leur inobservation ne saurait par elle seule entraîner la nullité des actes faits en violation de leurs prescriptions (3).

(1) Thibaudeau, *Exp. des mot.*, Locré, *Lég.*, III, p. 135, n. 3; Siméon, *Rapp. au Tribunat*, Locré, *eod. loc.*, p. 203, n. 8; Aubry et Rau, I, § 56, p. 289, n. 7; Planiol, I, n. 464.

(2) Aubry et Rau, I, § 56, p. 288; Demolombe, I, n. 279-1°; Beudant, I, n. 104; Planiol, I, n. 465; Surville, I, n. 94; Fuzier-Herman, art. 34, n. 67; Hutteau d'Origny, tit. II, ch. I, § 2, n. 2. — Cf. notre tome III, n. 1588 s.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Etat civil* (Actes de l'), § 5, n. 8; Aubry et Rau, I, § 56, p. 289, n. 5; Demolombe, I, n. 279-2°; Demante, I, n. 89 *bis*, IV; Huc, I, n. 312; Beudant, *loc. cit.*; Planiol, I, n. 467; Fuzier-Herman, art. 34, n. 60 s.; Hutteau d'Origny, tit. II, ch. I, § 2, n. 2; Mersier, n. 21.

**806.** Ces instructions ordonnent aussi aux officiers de l'état civil de s'abstenir de dresser un acte auquel ils figurent déjà en qualité de parties, de déclarants ou de témoins. Sur ce point leurs prescriptions paraissent plus essentielles que les précédentes parce qu'elles sont puisées dans la nature même des choses. Si la loi exige que l'acte soit reçu par un officier public, généralement sur la déclaration de certaines personnes, et en présence de témoins qui ne se confondent pas d'ordinaire avec les comparants, c'est qu'elle voit dans cette multiplicité et cette séparation de rôles autant de garanties de la sincérité de l'acte : il ne peut donc pas dépendre de l'officier de l'état civil de les diminuer ou même de les faire tout à fait disparaître, en réunissant en sa personne plusieurs de ces rôles. S'il en jouait plusieurs, il y en aurait en réalité qui ne seraient pas remplis; et dès lors la nullité de l'acte pourrait être prononcée par le juge, qui jouirait du reste à cet égard, conformément à une règle fondamentale qui sera posée plus loin, d'un pouvoir discrétionnaire. C'est ce qui aurait lieu, par exemple, si l'officier de l'état civil avait été en même temps témoin dans l'acte qu'il a dressé, et surtout, d'après l'opinion générale, s'il avait célébré lui-même son propre mariage, jouant ainsi dans le même acte deux rôles absolument incompatibles, ceux de partie contractante et de ministre de la loi chargé de constater le consentement des parties (1). Dans le dernier cas il nous semble même que le mariage serait nécessairement inexistant, comme manquant d'un de ses éléments essentiels, la célébration par un officier de l'état civil : car le futur époux n'a plus cette qualité en tant qu'il s'agit de son propre mariage.

**807.** Comme officiers de l'état civil, les maires et les adjoints sont agents de l'ordre judiciaire et relèvent à ce titre des procureurs généraux et de la République et du ministre de la justice, tandis que, envisagés comme administrateurs de leur commune, ils sont agents de l'ordre administratif et

(1) Merlin, *loc. cit.;* Aubry et Rau, *loc. cit.*, n. 6; Demolombe, *loc. cit.;* Laurent, II, n. 23; Huc, *loc. cit.;* Beudant, *loc. cit.;* Planiol, *loc. cit.;* Mersier, n. 21; Fuzier-Herman, art. 34, n. 63 et 64. — *Contra :* Coin-Delisle, *Introd.*, n. 12. — Cpr. Demante, I, 89 *bis*, IV.

soumis, à ce titre, à l'autorité du préfet et du ministre de l'intérieur. Une très importante conséquence se déduisait du caractère qui vient de leur être reconnu, avant l'abrogation de l'art. 75 de la constitution du 22 frimaire an VIII (1).

### II. *Des parties.*

**808.** Les parties sont les personnes dont l'acte à rédiger a pour objet de constater l'état, et qui de plus y interviennent : tels les époux dans l'acte de mariage.

« *Dans le cas où les parties intéressées ne seront point obli-* » *gées de comparaître en personne, elles pourront se faire* » *représenter par un fondé de procuration spéciale et authen-* » *tique* » (Art. 36). La procuration doit être spéciale, c'est-à-dire donnée précisément en vue de l'acte à rédiger : un mandat général ne suffirait pas. Elle doit, de plus, être authentique, c'est-à-dire notariée.

Mais la présence réelle des parties à l'acte est, d'après notre disposition, requise dans certains cas. Il y en avait plusieurs, en effet, sous l'empire du code civil, dont deux n'existent plus dans notre droit actuel : l'époux qui avait obtenu le divorce pour cause déterminée, les deux époux dans le divorce par consentement mutuel, étaient obligés de se présenter en personne devant l'officier de l'état civil (art. **264** et **294**). Les parties ne sont plus privées aujourd'hui de la faculté de se faire remplacer par un fondé de pouvoirs que dans un cas unique, d'ailleurs contesté : c'est lorsqu'il s'agit de la célébration de leur mariage (2).

### III. *Des comparants ou déclarants.*

**809.** Ce sont les personnes qui comparaissent devant l'officier de l'état civil pour lui déclarer les faits qu'il est chargé

(1) Avis du C. d'Etat des 30 niv.-12 pluv. an XII ; Aubry et Rau, I, § 56, p. 289, n. 8; Demolombe, I, n. 278-1°; Demante, I, n. 104 *bis*, II ; Planiol, I, n. 468; Fuzier-Herman, art. 34, n. 65.

(2) Aubry et Rau, I, § 59, p. 302, n. 3; Demolombe, I, n. 284; Demante, I, n. 88 *bis;* Huc, I, n. 315; Planiol, I, n. 480; Surville, I, n. 95; Fuzier-Herman, art. 36, n. 2 et 3. — Cf. notre tome III, n. 1597.

de constater, lui fournissant ainsi les matériaux avec lesquels il dresse l'acte.

Parfois, du reste, les comparants sont en même temps parties : tels sont les futurs époux, dont l'officier de l'état civil reçoit la déclaration qu'ils veulent se prendre pour mari et femme, et le père qui déclare la naissance de son enfant.

**810.** Toute personne capable de fournir un témoignage digne de foi peut remplir le rôle de déclarant, donc une femme aussi bien qu'un homme (arg. art. 56). Il n'est même pas nécessaire, dans le silence de la loi, que les déclarants soient majeurs ou qu'ils soient Français (1).

Les déclarants peuvent se faire remplacer par un fondé de procuration ; c'est ce qui résulte implicitement de l'art. 38. Mais on peut induire de l'art. 36, par identité de motifs, que la procuration doit être spéciale et authentique (2).

### IV. *Des témoins.*

**811.** La présence des témoins requis par la loi rend plus difficiles, sinon impossibles, les fraudes que l'officier de l'état civil pourrait essayer de commettre dans l'exercice de son ministère et celles auxquelles les particuliers tenteraient de se livrer. Leur intervention constitue en effet à la fois une forte garantie de l'identité des comparants, de la conformité des énonciations des actes avec les déclarations de ces derniers, et de la sincérité de ces déclarations elles-mêmes.

**812.** D'après l'art. 37 du Code civil, les témoins devaient réunir deux qualités : être majeurs de vingt-un ans et mâles. Mais cette dernière condition, qui n'était pas requise dans le droit intermédiaire (décret des 20-25 septembre 1792, tit. III, art. 1), a été supprimée par la loi du 7 décembre 1897. Et c'est avec raison : car, d'une part, les femmes étaient déjà admises à servir de témoins dans les actes de notoriété destinés à suppléer à l'acte de naissance (art. 71) ; d'autre part,

(1) *Disc. au C. d'Ét.*, Locré, *Lég.*, III, p. 56, n. 8 ; Aubry et Rau, I, § 59, p. 302, n. 4 ; Demolombe, I, n. 283 ; Toullier, I, n. 309 ; Duranton, I, n. 288 ; Huc, I, n. 315 ; Planiol, I, n. 481 ; Surville, I, n. 95 ; Rieff, n. 33 ; Mersier, n. 28 ; Fuzier-Herman, art. 56, n. 1.

(2) Demolombe, I, n. 284 ; Huc, I, n. 315 ; Fuzier-Herman, art. 36, n. 4.

leur témoignage devait être d'autant plus reçu en pareille matière qu'il porte sur de purs faits et sur des événements de famille qu'elles peuvent connaître aussi bien que personne. Et enfin le droit de figurer comme témoin aux actes de l'état civil n'était pas susceptible d'être considéré comme une dépendance du droit public, dont elles dussent être exclues, puisqu'on s'accordait à le reconnaître aux étrangers. Cette conquête du féminisme n'est vraiment pas de celles qui puissent inquiéter personne.

Désormais donc, aux termes du nouvel art. 37 : « *Les » témoins produits aux actes de l'état civil devront être âgés de » vingt et un ans au moins, parents ou autres, sans distinction » de sexe ; ils seront choisis par les personnes intéressées. Tou- » tefois le mari et la femme ne pourront être témoins ensemble » dans le même acte.* » Et cette restriction se comprend d'elle-même.

Pour pouvoir être témoin à un acte de l'état civil, il faut donc aujourd'hui être simplement âgé de vingt et un ans au moins. Il importe peu d'ailleurs qu'on soit ou non majeur d'après sa loi nationale, pourvu qu'on ait l'âge requis par la loi française : elle n'exige pas chez les témoins la majorité, mais un âge déterminé (1).

**813.** Cette unique condition est suffisante. Ainsi les témoins peuvent être parents des parties (art. 37). Si la loi admet ici et même recherche parfois (art. 78) un témoignage qu'elle repousse en principe dans les actes notariés (loi du 25 ventôse an XI, art. 10, al. 2), c'est que les situations sont différentes. La communauté d'intérêts qui existe ordinairement entre membres d'une même famille pourrait faire craindre que les parents des parties ne remplissent pas consciencieusement et impartialement, dans un acte notarié, le rôle de témoins. Dans les actes de l'état civil, au contraire, les parents des parties ont souvent un intérêt opposé à celui des parties elles-mêmes : ils sont fréquemment intéressés à contredire plutôt qu'à corroborer les déclarations constatées par l'acte auquel ils participent, de sorte que la parenté, loin d'affaiblir

(1) Demolombe, I, n. 280 ; Huc, I, n. 316.

leur témoignage, ne fait qu'en augmenter le poids. D'autre part, les actes de l'état civil constatent des événements de famille : or qui donc est mieux en situation de les connaître et d'en témoigner que les membres de celle-ci ? N'est-ce pas par la famille d'ailleurs, et par cette voie indirecte le plus souvent, que les personnes qui y sont étrangères ont connaissance de ces faits ? Ce dernier motif montre qu'il n'y avait pas utilité à repousser le témoignage des parents comme suspect, même dans les cas où leur intérêt peut les amener à se faire les complices d'une fausse déclaration, de décès par exemple (1).

**814.** Ainsi encore les témoins peuvent être parents de l'officier de l'état civil, tandis qu'ils ne peuvent être parents du notaire, du moins à un certain degré, dans un acte notarié (loi du 25 ventôse an XI, art. 10, al. 2). En cela le législateur peut avoir manqué de prévoyance et rendu trop facile la fraude qu'un officier de l'état civil voudrait commettre. Mais peut-être a-t-il craint de trop resserrer, surtout dans les petites localités, le cercle des personnes susceptibles de servir de témoins (2).

**815.** Ainsi enfin les témoins peuvent ne pas savoir signer, et il n'est nullement nécessaire qu'ils soient domiciliés dans l' « arrondissement communal » où l'acte est passé. Ces deux conditions, requises pour les témoins des actes notariés (loi du 25 ventôse an XI, art. 9), ne le sont pas en la personne de ceux qui figurent dans les actes de l'état civil (3).

**816.** Il n'est même pas nécessaire qu'ils soient Français, car l'art. 37 garde sur ce point un silence qui devient d'autant plus significatif qu'on en compare la disposition, soit à celle de l'art. 980, modifié par la loi de 1897, mais qui continue à exiger formellement que les témoins appelés aux testaments soient Français, soit à celle du dernier alinéa de l'article 9 de la loi du 25 ventôse an XI, modifié par la loi du 12 août 1902, qui exige aussi, formellement, que les témoins appelés

(1) Aubry et Rau, I, § 59, p. 303, n. 6 ; Demolombe, I, n. 280 ; Demante, I, n. 89 *bis*, II et III ; Beudant, I, n. 106 ; Planiol, I, n. 482 ; Surville, I, n. 96.

(2) Cf. les autorités citées à la note précédente.

(3) Cf. note 1, *supra*, et Demante, I, n. 89 *bis*, I.

aux actes notariés soient Français (1). M. Demolombe, qui avait soutenu d'abord que le témoignage des étrangers autorisés à établir leur domicile en France pouvait seul être admis, s'est rallié, dans sa deuxième édition, à la doctrine commune. Comment d'ailleurs l'admission à domicile eût-elle donné à un étranger la qualité de régnicole, à supposer qu'elle eût été exigée (2)?

**817.** Enfin, tandis que les témoins des actes notariés sont choisis par le notaire rédacteur de l'acte, ceux des actes de l'état civil le sont par les parties intéressées (art. 37), et ce n'est qu'à leur défaut que l'officier municipal pourrait faire lui-même ce choix (3).

**818.** Au surplus, si, pour une cause quelconque, il ne pouvait pas être trouvé de témoins remplissant les conditions légales, l'acte, qui n'en devrait pas moins être dressé, ne serait pas nul par cet unique motif, conformément aux règles relatives à la sanction des actes de l'état civil (4).

## § II. *Règles générales relatives à la rédaction des actes de l'état civil.*

**819.** La première règle est relative au contenu des actes. Le besoin s'en était fait vivement sentir sous l'ancien régime, car les curés inséraient trop souvent alors dans leurs actes des mentions tout à fait étrangères à leur ministère ou qu'en tout cas celui-ci ne les autorisait pas à y faire figurer (5). Deux

(1) La question était douteuse, avant 1902, depuis que la loi du 7 décembre 1897 avait supprimé les mots « citoyens français », dans la nouvelle rédaction qu'elle donnait de cet article 9.

(2) Aubry et Rau, I, § 59, p. 302, n. 5; Demolombe, I, n. 281; Demante, I, n. 89 *bis*, I; Duranton, I, n. 188; Valette sur Proudhon, I, p. 208, note *a*, II; Huc, I, n. 316; Laurent, II, n. 19, et I, n. 451; Planiol, I, n. 482; Surville, I, n. 96; Coin-Delisle, art. 37, n. 3; Rieff, n. 34; Mersier, n. 25. — Cpr. aussi *J. Clunet, Questions théoriques et pratiques*, quest. 126, 1901, p. 762.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 303, n. 7; Coin-Delisle, art. 37; Rieff, n. 33; Hutteau d'Origny, tit. III, ch. 1er, § 1er, n. 10; Fuzier-Herman, art. 37, n. 1 s.

(4) Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. 4, § 3; Huc, I, n. 316 *in fine*. — Grenoble, 27 fév. 1817, S., 18. 2. 103, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 558. — Cf. *infra*, n. 864.

(5) Cf. sur ce point Berriat-Saint-Prix, *op. cit.*, et Thibeaud, *op. cit.*, p. 89 et 90, qui donnent de piquants exemples de cette habitude.

déclarations, des 12 mai 1782 et 20 juillet 1787, avaient à cet égard formulé le principe qui se retrouve dans l'art. 35 C. civ. : « *Les officiers de l'état civil,* dit cet article, *ne pourront rien* » *insérer dans les actes qu'ils recevront, soit par note, soit par* » *énonciation quelconque, que ce qui doit être déclaré par les* » *comparants.* » Cette règle peut être formulée, d'une façon plus précise, dans les termes suivants : en dehors des mentions relatives à l'accomplissement des formalités que la loi impose à l'officier de l'état civil personnellement, celui-ci ne doit relater dans l'acte que ce qui légalement peut faire l'objet des déclarations des comparants et a effectivement fait l'objet de leurs déclarations. Bien analysée, cette règle en contient deux.

**820.** 1° L'acte ne doit relater que ce qui, d'après la loi, peut faire l'objet des déclarations des comparants. Ainsi l'officier de l'état civil doit insérer dans les actes qu'il dresse, non pas tout ce que les comparants lui déclarent, mais seulement ce qu'ils doivent lui déclarer pour que l'acte contienne toutes les énonciations exigées par la loi, eu égard à sa nature. En d'autres termes, et comme le disait Chabot (1), l'orateur du Tribunat, « ce qui doit être déclaré par les comparants, c'est ce que la loi ordonne d'insérer dans les actes, et rien de plus » (2).

Il en résulte d'abord que l'officier de l'état civil ne doit pas insérer dans les actes qu'il dresse les déclarations inutiles. C'est donc à bon droit qu'un officier d'état civil de la Vendée refusa, malgré de pressantes sollicitations, de mentionner, dans un acte de naissance, que l'enfant lui avait été présenté « coiffé d'un bonnet blanc donné par la duchesse de Berry ».

A plus forte raison l'officier de l'état civil doit-il ne tenir aucun compte des déclarations contraires à la loi, par exemple, s'il s'agit d'un décès, de la déclaration que le défunt s'est suicidé (art. 83), ou, s'il s'agit d'une naissance de la déclara-

(1) Locré, *Lég.*, III, p. 226, n. 8.

(2) Laurent, II, n. 17. — Cpr. toutefois Demante, I, n. 87 *bis*. D'après cet auteur, dont l'opinion est absolument contraire au texte de l'art. 35, toute déclaration qui n'est pas défendue, soit explicitement, soit implicitement, serait permise.

tion que l'enfant est né d'un commerce incestueux ou adultérin (arg. art. 335) (1).

**821.** 2° L'acte ne doit relater que ce qui, en fait, a été déclaré par les comparants. Cette proposition ne signifie pas que l'officier de l'état civil ne puisse point provoquer les déclarations des comparants, lorsqu'elles sont vagues, insuffisantes ou incomplètes : ce droit lui appartient incontestablement et il est même de son devoir d'en user. Mais elle implique deux choses :

*a.* Il ne peut d'abord, à l'aide des renseignements qu'il possède personnellement, suppléer au silence des comparants, lorsque ceux-ci refusent ou sont, pour un motif quelconque, dans l'impossibilité de lui faire les déclarations nécessaires (2), par exemple de lui déclarer le jour et l'heure d'une naissance. L'officier de l'état civil dresse procès-verbal des déclarations qui lui sont faites et rien de plus : c'est un greffier, disait Siméon dans son rapport au Tribunat (3). Et toutefois il devrait refuser, selon nous, son ministère, lorsque l'insuffisance des déclarations qu'il reçoit ne lui permettrait que de dresser un acte informe et sans utilité pour la preuve du fait qu'il s'agit de constater.

*b.* Il n'a pas qualité non plus, du moins en principe, pour vérifier et contrôler l'exactitude des déclarations qui lui sont faites par les comparants : il doit se borner à les enregistrer telles quelles. — Et toutefois encore il ne devrait pas, à notre avis, accepter des déclarations qu'il saurait pertinemment être contraires à la vérité. Certains auteurs ont voulu lui imposer cette obligation : mais ce serait le contraindre à se faire l'auxiliaire et le complice de la fraude, et il n'a pu être dans la pensée du législateur de le condamner à ce rôle, alors que sa résistance est justement le moyen le plus efficace d'empêcher les tentatives de falsification de l'état civil des personnes (4).

(1) Aubry et Rau, I, § 59, p. 302, n. 2; Demolombe, I, n. 290; Demante, I, n. 87 *bis;* Laurent, II, n. 17; Huc, I, n. 314; Planiol, I, n. 483; Surville, I, n. 98.

(2) Demante, I, n. 87 *bis;* Huc, I, n. 314; Laurent, II, n. 17; Planiol, I, n. 483.

(3) Locré, *Lég.*, III, p. 203, n. 8.

(4) Laurent, II, n. 18; Mersier, n. 44; Fuzier-Herman, art. 36, n. 3. — *Contra :* Huc, I, n. 314.

**822.** Les multiples règles qui suivent sont toutes relatives à la rédaction matérielle des actes :

1° « *Les actes de l'état civil énonceront l'année, le jour et* » *l'heure où ils seront reçus, les prénoms, noms, âge, profession* » *et domicile de tous ceux qui y seront dénommés* » (art. **34**). Une circulaire du grand-juge, ministre de la justice, en date du 3 juin 1807 (1), ordonne de mentionner dans l'acte, le cas échéant, la qualité de membres de la Légion d'honneur de ceux qui y figurent.

Toutes ces énonciations ont pour but, soit de déterminer aussi exactement que possible l'individualité des personnes, soit de fixer les conditions de temps dans lesquelles l'acte a été dressé, ce qui peut être d'une extrême importance (2).

**823.** 2° « *Les actes seront inscrits sur les registres de suite,* » *sans aucun blanc... Il n'y sera rien écrit par abréviation, et* » *aucune date ne sera mise en chiffres* » (art. **42**). Déjà l'ordonnance de **1667** (tit. XX, art. **10**) avait formulé, du moins quant aux blancs, la même recommandation, et elle avait été sur ce point devancée elle-même par un arrêt du Parlement de Paris du 8 février **1663** (3). Mais ce ne fut qu'après que cette prescription eut été renouvelée par la Déclaration de **1736** (art. **3**) que la pratique commença sérieusement à s'y conformer.

**824.** 3° « *L'officier de l'état civil donnera lecture des actes* » *aux parties comparantes, ou à leur fondé de procuration, et* » *aux témoins. — Il y sera fait mention de l'accomplissement* » *de cette formalité* » (Art. **38**).

Il est certain, quoique la loi ne le dise pas formellement, que l'acte doit être dressé par l'officier en la présenee même des parties ou des comparants, suivant les cas, et des témoins, et que lecture doit en être donnée simultanément à toutes

(1) Locré, *Lég.*, III, p. 249. — Cf. aussi, pour les titres nobiliaires, Circ. min. du 19 juin 1858; Rieff, n. 19; Béquet, n. 30; Mersier, n. 39 et 367. — Req. rej., 26 oct. 1897, S., 1900. 1. 356. — *Adde, supra*, n. 294 *bis*-XXXVI.

(2) Cf. Demante, I, n. 86 *bis*.

(3) Brillon, *Dictionnaire des arrêts* (Paris, 1727), v° *Registres des Curez;* Bornier, *Conférences des Ord. de Louis XIV*, I, sur l'ord. de 1667 (tit. XX, art. 10). — Cf. Thibeaud, p. 87 s.

ces personnes (1). Mais, sur ce point, dans beaucoup de grandes villes, la pratique est contraire, et tout au moins les actes de naissance et de décès sont dressés par de simples employés, hors de la présence de l'officier de l'état civil, et même parfois des déclarants ou des témoins, d'après les renseignements que ceux-ci ont fournis.

La mention de la lecture, qu'exige la partie finale de l'article, a pour but d'assurer l'accomplissement effectif de cette formalité, car l'officier de l'état civil qui mentionnerait l'avoir accomplie, alors qu'il ne l'aurait pas fait, commettrait un faux en écritures publiques, passible des peines de l'art. 146 C. pén. Et pour qu'il n'omette pas, soit de faire la mention après avoir fait la lecture, soit de faire la lecture et la mention tout à la fois, l'omission de l'une ou de l'autre de ces formalités lui fait encourir la peine de l'art. 50 C. civ.

**825.** 4° « *Ces actes seront signés par l'officier de l'état civil,* » *par les comparants et les témoins; ou mention sera faite de* » *la cause qui empêchera les comparants et les témoins de* » *signer* » (art. 39). Sous le nom de comparants la loi comprend ici, non seulement les déclarants proprement dits, mais aussi les parties lorsqu'elles coopèrent à l'acte, comme dans une célébration de mariage ou une reconnaissance d'enfant naturel.

Si l'acte n'avait pas été signé par l'officier qui l'a reçu, c'est tout au plus s'il pourrait être, après que celui-ci a cessé ses fonctions, régularisé par son successeur en vertu d'une autorisation de justice (2). Et encore paraît-il plus juridique de décider que, si l'acte auquel manque cet élément de son authenticité doit être en fait considéré comme destitué de toute force probante (3), il faut le refaire en entier suivant la procédure de la rectification, car le successeur de celui qui l'a dressé ne peut pas, en y apposant simplement sa signature, lui rendre ce qui lui manque, puisqu'il ne peut aucunement se porter garant de sa valeur (4).

(1) Aubry et Rau, I, § 59, p. 302 et 303.
(2) Avis du C. d'Etat du 20 frim. an XII; Fuzier-Herman, art. 39, n. 1.
(3) Cf. à ce sujet, *infra*, n. 862 *bis*.
(4) Béquet, n. 72; Instr. min. des 14 et 20 août 1877 et du 9 sept. 1878.

Enfin le refus de signer auquel se heurterait l'officier de l'état civil de la part de certaines personnes, ne serait pas un obstacle à la clôture de l'acte : mention serait seulement faite de ce refus et, le cas échéant, des motifs allégués pour sa justification. Et, en cas de contestation relative à la force probante de l'acte, cette circonstance serait naturellement une de celles auxquelles le juge pourrait avoir égard (1).

**826.** 5° Aux termes de l'art. 42, « *les ratures et les renvois* » *seront approuvés et signés de la même manière que le corps* » *de l'acte* ».

Sur tous ces points, les prescriptions toutes semblables des Ordonnances de 1539 (art. 52), de 1667 (tit. XX, art. 10), et de la déclaration de 1736 (art. 3) furent jusqu'à cette dernière date à peu près partout très mal observées, et l'usage de signer les actes ne s'affermit que très tard (2).

**827.** Une instruction ministérielle du 25 fructidor an XII contient des modèles pour la rédaction des divers actes. Mais ces modèles ne sont certainement pas obligatoires pour les officiers de l'état civil, et les actes qui n'y seraient pas conformes ne pourraient pas être attaqués pour cet unique motif (Avis du conseil d'Etat des 12-25 thermidor an XII).

Aujourd'hui, d'ailleurs, dans le double but de rendre la rédaction des actes plus uniforme et de diminuer le travail matériel de ceux qui les dressent, on leur délivre fréquemment des registres dans lesquels se trouve imprimé à l'avance le squelette des divers actes à rédiger.

### § III. *Des registres de l'état civil.*

**828.** Aux termes de l'art. 40 : « *Les actes de l'état civil* » *seront inscrits, dans chaque commune, sur un ou plusieurs* » *registres tenus doubles.* » Cette prescription, renouvelée, en ce qui touche l'obligation de tenir des registres, par toutes les ordonnances qui depuis 1539 ont réglementé la matière (3), mais contenue pour la première fois, quant à l'obli-

(1) Demante, I, p. 173, note 1.

(2) Thibeaud, p. 86 s.

(3) Ord. de Villers-Cotterets (art. 50 et 51); de Blois (art. 40 et 181); de 1667 (tit. XX, art. 8); Déclar. de 1736 (art. 1 à 3 et 9). — Cf. Thibeaud, p. 81 s.

gation du double original, dans la déclaration de 1736 (art. 1er) (1), a pour objet d'assurer la conservation des actes. Défense est donc faite de les inscrire sur des feuilles volantes, parce que celles-ci sont trop susceptibles de s'égarer facilement (art. 52). Et l'officier de l'état civil qui contrevient à ces dispositions encourt les peines de l'art. 192 C. pén., sans préjudice des dommages intérêts qu'il pourrait être condamné à payer aux intéressés à raison du préjudice que leur aurait causé sa coupable négligence.

Tandis qu'un seul registre devait recevoir, suivant l'Ordonnance de 1667 (tit. XX, art. 10), les actes de baptême, de mariage et de sépulture, d'après la loi des 20-25 septembre 1792 (tit. II, art. 1er), qui généralisa une disposition de la Déclaration de 1736 (art. 16) (2), il devait y avoir dans chaque municipalité trois registres, pour constater, l'un les naissances, l'autre les mariages, et le troisième les décès. Le code civil a modifié cette règle trop absolue, dont la pratique avait révélé les inconvénients. C'est aujourd'hui l'autorité judiciaire qui apprécie souverainement, suivant l'importance de la commune et aussi le degré d'instruction de l'officier de l'état civil, s'il convient de lui délivrer un seul registre ou plusieurs (3).

**829.** Quel qu'en soit le nombre, ils doivent être tenus doubles, c'est-à-dire qu'il doit y en avoir un double exemplaire, un double original, de telle sorte que chaque acte de l'état civil soit inscrit sur deux registres. L'un des doubles est, aux termes de l'art. 43, déposé, à la fin de chaque année, aux archives de la commune, et l'autre au greffe du tribunal civil de première instance. A cela il y a deux avantages. D'une part et surtout, les registres se trouvant ainsi dans un double dépôt, leur conservation est par cela même mieux assurée contre les risques de perte. D'autre part ils peuvent être plus facilement consultés par les particuliers, qui les trouvent de la sorte en deux endroits différents.

Exceptionnellement le registre des publications de mariage,

(1) D'après l'Ord. de 1667 (tit. XX, art. 8) il ne devait être fait qu'un original et une copie, ou plus exactement une minute et une grosse. — Cf. Thibeaud, p. 84.

(2) Thibeaud, p. 85.

(3) Planiol, I, n. 472.

sur lequel il est aussi fait mention sommaire des oppositions à mariage, n'est tenu qu'en simple original (art. 63), ce qui s'explique par la moindre importance des documents qu'il contient.

**830.** Les registres de l'état civil sont soumis à la formalité du timbre (loi du 13 brumaire an VII, art. 12) (1), et les frais de ces registres figurent parmi les dépenses obligatoires des communes (loi du 5 avril 1884, art. 136-4°).

D'autre part, les actes de naissance, de mariage, de publications de mariage et de décès, ainsi que les extraits qui en sont délivrés, sont dispensés de la formalité de l'enregistrement (loi du 22 frimaire an VII, art. 70, § III, 8°).

Il en est de même des actes de reconnaissance d'enfant naturel, en vertu de la loi du 31 mars 1903, art. 9. Au contraire, les jugements ou arrêts d'adoption et de divorce demeurent assujettis à cette formalité (loi du 28 avril 1816, art. 43-22°, 45-7°, 48-2° et 49) (2).

**831.** Aux termes de l'art. 41, qui reproduit sur ce point les prescriptions analogues de l'Ord. de 1667 (tit. XX, art. 8) et de la Déclaration de 1736 (art. 2) (3) : « *Les registres seront* » *cotés par première et dernière, et paraphés sur chaque* » *feuille, par le président du tribunal de première instance,* » *ou par le juge qui le remplacera.* » Le magistrat cote le registre en numérotant les différents feuillets, ou même les différentes pages (arg. Ord. du 23 oct. 1833, art. 2) (4), et en indiquant le nombre total, ce qu'il peut faire, sur la première ou sur la dernière page, en ajoutant à la suite de son numéro d'ordre : « dernier feuillet », « ou dernière page ». — Il le paraphe en apposant, après chaque numéro, le trait de plume qui accompagne sa signature, ou, à défaut, les initiales de son nom.

**832.** « *Les registres seront clos et arrêtés par l'officier de*

(1) Cf. Béquet, n. 243 et 244.
(2) Cf. Béquet, n. 252 s.
(3) Thibeaud, p. 87 s.
(4) Demolombe, I, n. 285; Laurent, II, n. 15. — *Contra :* Mersier, n. 4; Béquet, n 152; Fuzier-Herman, art. 41. — Cf. avis du Cons. d'Etat du 7 mars 1808, et Circ. min. du 13 mai 1810.

» *l'état civil, à la fin de chaque année; et dans le mois, l'un des* » *doubles sera déposé aux archives de la commune, l'autre au* » *greffe du tribunal de première instance.* » (Art. 43) (1). Pareilles prescriptions étaient contenues dans les anciennes ordonnances. Celle qui était relative à l'obligation du dépôt, notamment, avait été l'objet des préoccupations les plus vives de leurs auteurs (Ord. de Villers-Cotterets, art. 53; de Blois, art. 181; de 1667, tit. XX, art. 8, 11 et 13). Mais, quoique secondés souvent par l'autorité ecclésiastique et par la surveillance des officiers de justice, leurs efforts restèrent longtemps stériles et ce n'est qu'à partir de la déclaration de 1736 (art. 17 et 18) que le dépôt fut régulièrement effectué (2).

Le délai d'un mois de l'art. 43 est accordé à l'officier de l'état civil pour qu'il puisse dresser une liste alphabétique de tous les actes reçus dans l'année, laquelle est annexée à chaque double. Mais en outre, tous les dix ans, le greffier du tribunal de première instance doit dresser une table générale pour chaque commune, et ce dans les six mois qui suivent l'expiration de chaque période. Cette table est dressée en trois exemplaires, destinés au greffe, à la mairie et à la préfecture, ce dernier pour être déposé aux archives du département (arrêté du 17 octobre 1800 et décret du 20 juillet 1807) (3).

**833.** L'art. 44 assure la conservation, dans le dépôt qui offre le plus de garanties, des pièces de toutes sortes qui doivent être annexées aux actes de l'état civil, dont elles démontrent à certains égards la régularité : « *Les procurations et les* » *autres pièces qui doivent demeurer annexées aux actes de* » *l'état civil, seront déposées, après qu'elles auront été para-* » *phées par la personne qui les aura produites, et par l'offi-* » *cier de l'état civil, au greffe du tribunal, avec le double* » *des registres dont le dépôt doit avoir lieu audit greffe.* »

(1) Certains actes et registres sont encore déposés aux ministères de la guerre, de la marine, des colonies ou des affaires étrangères. Cf. *infra*, n. 876 et 937; et cf. aussi Ord. de juin 1776.

(2) Thibeaud, p. 91 s.

(3) Il fut très difficile d'obtenir des dépositaires des registres, dans les dix premières années, l'exécution des dispositions de la loi de 1792 (tit. II, art. 8 et 15) qui leur imposaient la confection de tables annuelles et décennales. — Cf. Thibeaud, p. 231. — Cpr. Béquet, n. 158 s.; Mersier, n. 16.

**834.** Nombreux sont les cas dans lesquels des actes relatifs à des faits de l'état civil doivent être mentionnés en marge d'actes préexistants auxquels ils se rapportent, pour les compléter, les modifier ou les rectifier. Or l'art. 49 du Code civil s'en était remis aux parties intéressées du soin de faire opérer ces mentions sur les registres, et le système qui permettrait de les faire effectuer d'office, sous la surveillance du ministère public, avait été repoussé par le Conseil d'Etat (1). L'usage s'était pourtant introduit, au moins à Paris et en ce qui concerne les actes de reconnaissance, de les faire mentionner, en marge des actes de naissance, directement par les soins de l'officier de l'état civil qui les avait reçus ou indirectement par ceux des magistrats du parquet. Mais, l'administration de l'enregistrement ayant réclamé, au nom des droits du fisc, contre cette pratique, et celle-ci ayant dû être condamnée, à son vif regret, par la chancellerie, on ne put plus compter, du moins lorsque la mention devait être faite sur d'autres registres que ceux de la commune où l'acte avait été reçu, que sur la bonne volonté ou l'intérêt des particuliers, pour assurer l'accomplissement des mentions exigées par la loi; et en fait très souvent, pour des motifs multiples, elles n'étaient point faites (2). C'est pour remédier à un aussi fâcheux état de choses que la loi du 17 août 1897 (art. 1er) (3) est venue remplacer l'ancienne disposition par l'article suivant : « *Dans tous les cas où la mention d'un acte relatif à l'état civil devra avoir lieu en marge d'un acte déjà inscrit, elle sera faite d'office. — L'officier de l'état civil qui aura dressé ou transcrit l'acte donnant lieu à mention effectuera cette mention, dans les trois jours, sur les registres qu'il détient. — Dans le même délai, il adressera un avis au procureur de la République de son arrondissement, et celui-ci veillera à ce que la mention soit faite, d'une façon uniforme, sur les registres existant dans les archives des communes ou des greffes, ou dans tous autres dépôts publics* » (N. art. 49).

(1) Locré, *Lég. civ.*, III, p. 15 et 181.

(2) Cf. la notice de M. Leloir, *Ann. de lég. fr.*, 1898, XVIIe année, p. 87 s.; *Lois nouv.*, 1897, 1re part., p. 405 s.

(3) Cf. circ. du garde des sceaux du 1er oct. 1897, *J. Clunet*, 1898, p. 817.

Ainsi, d'abord, la règle posée par le N. art. 49 s'applique toutes les fois qu'une mention doit être faite en marge d'un acte déjà inscrit, et notamment aux mentions : 1° de l'acte de célébration du mariage en marge de l'acte de naissance des époux (N. art. 76) ; 2° du jugement de divorce en marge de l'acte de mariage (art. 251) ; 3° de l'acte de reconnaissance d'un enfant naturel en marge de son acte de naissance (art. 62) ; 4° de la légitimation en marge du même acte (N. art. 331) ; 5° du désaveu de paternité en marge de l'acte de naissance de l'enfant désavoué ; 6° de l'arrêt d'adoption, en marge de l'acte de naissance de l'adopté, si, comme on le fait habituellement (1), on décide que cette mention est requise malgré le silence de l'art. 359 ; 7° du jugement statuant sur une contestation d'état, au sens le plus large de cette expression, sur la validité d'un mariage, etc., et qui, affectant l'état d'une ou plusieurs personnes, doit être transcrit sur les registres, sur l'ordre même du tribunal qui l'a rendu, en marge des actes constatant un état différent ; 8° du jugement statuant sur une rectification d'acte de l'état civil, en marge de l'acte réformé (art. 101) ; 9° d'un décret autorisant une addition ou un changement de nom, en marge des actes qui concernent ceux qui en bénéficient, s'ils obtiennent de la juridiction civile l'autorisation d'opérer ces rectifications, etc. (2). Mais peut-être, au contraire, cette règle est-elle inapplicable à la mention, en marge de l'acte de mariage, de l'acte notarié qui constate la réconciliation des époux séparés de corps (art. 311, modifié par la loi du 6 février 1893, al. 4), cette mention étant relative à la capacité et non à l'état de la femme (3).

La règle est que la mention doit être effectuée d'office, sur les registres dont il a la garde, par l'officier de l'état civil qui a, soit dressé lui-même, soit seulement transcrit l'acte à mentionner, comme il en est, dans le dernier cas, pour un acte de mariage célébré à l'étranger dans les formes locales (art. 171). Mais en outre, afin que cette mention soit égale-

(1) Mersier, n. 146.
(2) Leloir, *op. cit*, p. 93, note 1 ; *Lois nouv., loc. cit.*, p. 410 et 411.
(3) Leloir, *loc. cit.* ; R. Beudant, *Journal des parquets*, 1897, 1, p. 74.

ment portée sur les registres qui se trouvent déjà dans les greffes ou dans les autres dépôts publics, comme les archives de différents ministères, l'officier doit adresser un avis au procureur de la République de son arrondissement, qui veille à ce qu'elle soit faite, là où il le faut, d'une façon uniforme. Ce que l'officier doit ainsi faire parvenir, c'est, non une expédition de l'acte proprement dite, qui devrait être transcrite elle-même sur les registres où la mention doit être opérée, comme certains auteurs l'exigeaient antérieurement à la nouvelle loi (1), mais, suivant l'expression même du texte, un simple *avis* renfermant un extrait de l'acte dont les énonciations puissent suffire pour effectuer la mention (2).

C'est dans un délai de trois jours, après qu'il a dressé ou transcrit l'acte, que l'officier de l'état civil doit s'acquitter de cette double obligation. Mais il est certain qu'il pourrait encore s'y conformer même après l'expiration de ce délai, et que l'unique sanction du nouveau texte est, comme l'ont déclaré le rapporteur de la loi au Sénat et le garde des sceaux (3), la responsabilité civile et pénale de l'officier, c'est-à-dire la sanction ordinaire de l'art. 50. Et il va également de soi que la mention, si elle était omise, pourrait être faite sur la réquisition des parties intéressées (4).

Enfin il faut observer que l'art. 49 n'a rien dit des mentions qu'il pourrait y avoir lieu d'effectuer sur des registres étrangers, la transmission des avis de pays à pays ne pouvant être réglée, comme celle des actes mêmes, que par l'usage ou les conventions diplomatiques (5).

**835.** Dans l'intérêt de la sécurité des transactions, dont la validité dépend notamment de la capacité de ceux qui y ont pris part, il importait que l'état des personnes pût être facilement connu. Aussi l'ord. de 1667 (tit. XX, art. 12 et 18), plus explicite à cet égard que celles de Villers Cotterets

(1) Rieff, n. 148; Mourlon, *Répét. écrites,* I, n. 290; circ. du préfet de la Seine, 9 juin 1856.

(2) Leloir, *op. cit.,* p. 94, note 4.

(3) Séance du 22 juin 1897.

(4) Leloir, *op. cit.,* p. 94, notes 1 et 3.

(5) Cf. Leloir, *op. cit.,* p. 95, note 1.

(art. 53) et de Blois (art. 181), reconnut-elle à tous intéressés le droit de prendre connaissance des actes reçus par les curés, soit en suivant la procédure dite de compulsoire, en vertu de laquelle une copie de l'acte était prise par une personne publique sur le registre représenté par le dépositaire, parties présentes ou appelées (1), soit plus simplement en se faisant délivrer un extrait par le greffier qui avait le registre en dépôt. Et la déclaration de 1736 (art. 33) étendit aux curés eux-mêmes la faculté de délivrer ces extraits à tout requérant, rendant ainsi encore plus large la publicité des registres (2).

Si le code civil n'a pas organisé une publicité complète et efficace pour tous les faits constitutifs ou modificatifs de l'état, du moins a-t-il assuré celle des principaux documents qui y sont relatifs en ordonnant que les registres de l'état civil seraient publics : « *Toute personne,* dit l'art. 45, *pourra se faire* » *délivrer, par les dépositaires des registres de l'état civil, des* » *extraits de ces registres.* »

Cette publicité ne consiste donc pas dans la faculté d'obtenir la communication matérielle des registres et d'y faire par ses propres mains des recherches (3). Cette faculté, qui eût pu trop gravement compromettre la conservation des actes de l'état civil, n'appartient qu'à certains fonctionnaires, auxquels, à des titres divers, elle est nécessaire (4), et ne peut être accordée aux particuliers que par une décision judiciaire (5).

Mais toute personne peut obtenir un extrait des registres, sans avoir à justifier d'un intérêt, et sous la seule obligation d'acquitter le droit fixé par la loi (art. 853 C. pr.) (6). Par extrait il faut entendre d'ailleurs, non pas, comme semblerait l'indiquer cette dénomination, un résumé de l'acte inscrit sur

(1) Cf. Rodier, *Quest. sur l'Ord. de 1667,* tit. XII, art. I, quest. 1.

(2) Thibeaud, p. 97 s.

(3) Rieff, n. 73 ; Grün, n. 69 et 70 ; Mersier, n. 31.

(4) Procureurs de la République (art. 53 C. civ.) ; préfets (Circ. min. du 29 mars 1806) ; fonctionnaires de l'enregistrement (loi du 22 frimaire an VII, art. 52 et 54). — Fuzier-Herman, art. 45, n. 5.

(5) Bordeaux, 30 août 1880, S., 81. 2. 50.

(6) Cf. Circ. du Grand-juge du 21 avril 1806, S., 7. 2. 942 ; Fuzier-Herman, art. 45, note 1.

le registre, mais une copie littérale (1) de cet acte, qu'on n'a qualifiée d'extrait que parce qu'elle est tirée du registre qui en contient l'original.

**836.** Les dépositaires de ces registres, c'est-à-dire l'officier de l'état civil et le greffier du tribunal de première instance, ont seuls, mais concurremment, qualité pour délivrer ces extraits.

Il est vrai que dans les premiers temps qui suivirent la promulgation du code civil il en fut délivré un grand nombre par les secrétaires de mairie, considérés à tort comme dépositaires des registres confiés aux archives de la commune. Mais un avis du conseil d'Etat des 6 juin-2 juillet 1807 a condamné cette pratique pour l'avenir. Toutefois, s'inspirant avec raison de la maxime « *error communis facit jus* », il a déclaré valables les extraits délivrés jusqu'alors par ces fonctionnaires (2).

**837.** L'extrait doit être certifié conforme au registre auquel on l'emprunte, par le dépositaire qui le délivre. Les formules les plus usitées pour attester cette conformité sont : pour extrait conforme, délivré conforme, certifié conforme.

Mais de plus, en vue d'éviter qu'on puisse altérer la date à laquelle les extraits ont été délivrés, la loi du 17 juillet 1897 a complété l'art. 45 en ces termes : « *Ils porteront en toutes lettres la date de leur délivrance* ». Et cette règle est absolument générale et s'applique à tous les actes, quoique son utilité principale se manifeste pour les extraits d'actes de naissance produits en vue de la célébration d'un mariage et qui ne doivent pas, pour des raisons que l'on verra plus tard, être anciens de plus de trois ou de six mois au moment de la célébration (3). Il fallait donc prendre des précautions pour prévenir l'altération possible de leur date; mais on n'a pas jugé qu'elles seraient de trop même en dehors de ce cas (4).

**837** *bis*. La signature du dépositaire doit, en outre, être

(1) Cf. Circ. min du 20 fév. 1814; Fuzier-Herman, art. 45, n. 1.
(2) Cf. Béquet, n. 207.
(3) Cf. notre tome III, n. 1583.
(4) Leloir, *op. cit.*, p. 97, note 1; lettre du proc. de la Rép. de la Seine, 2 déc. 1897.

légalisée : c'est ce qu'entend dire l'art. 45, quand il parle, en termes inexacts, de la légalisation de l'extrait. Cette légalisation consiste dans la double attestation que la signature mise au bas de l'extrait n'est pas fausse et que l'auteur de cette signature a qualité pour délivrer l'extrait.

Elle devait, d'après l'art. 45, émaner du président du tribunal civil ou du juge chargé de le remplacer. Mais l'art. 1er de la loi du 2 mai 1861 permet aujourd'hui aux juges de paix de légaliser, concurremment avec le président du tribunal ou son suppléant, les extraits délivrés par les officiers de l'état civil des communes qui dépendent de leur canton, soit en totalité, soit en partie. Cette règle ne souffre exception que pour les juges de paix siégeant au chef-lieu du ressort du tribunal de première instance.

**838.** On admet le plus généralement que la légalisation d'un extrait de l'état civil est nécessaire alors même qu'on le produit dans l'arrondissement où il a été délivré (1). Cette solution résulte nettement, selon nous, de l'art. 45, qui ne contient aucune distinction du genre de celle qui a été faite par l'art. 28 de la loi du 25 ventôse an XI pour les actes notariés. On a pu, au reste, supposer à la rigueur la signature d'un notaire connue, suivant les cas, dans toute l'étendue de son département ou même du ressort de la cour d'appel au chef-lieu de laquelle il instrumente, les officiers ministériels étant relativement peu nombreux et exerçant leurs fonctions dans un assez grand rayon; tandis qu'on se serait manifestement placé en dehors de la réalité en supposant la signature d'un officier de l'état civil connue dans tout son arrondissement, et en n'exigeant pas, sur ce fondement, la légalisation des extraits qu'il délivre et dont on veut se servir dans l'arrondissement même (2).

(1) Aubry et Rau, I, § 65, p. 331, n. 6; Demolombe, I, n. 317; Laurent, II, n. 36; Beudant, I, n. 139; Planiol, I, n. 478; Surville, I, n. 115; Coin-Delisle, art. 45, n. 7. — *Contra :* Toullier, I, n. 307; Huc, I, n. 319; Rieff, n. 68. — Cpr. Demante, I, n. 97 *bis*, IV.

(2) Cf., *J. Clunet*, 1901, p. 412, une circulaire du garde des sceaux, en date du 16 sept. 1899, sur l'application d'une convention franco-belge du 18 oct. 1879, relative à la légalisation des pièces nécessaires à la célébration du mariage. — Cf. aussi l'art. 3 de la proposition de loi de M. l'abbé Lemire (8 juillet 1904), rela-

## § IV. *De la nature et de la force probante des actes de l'état civil.*

**839.** Les actes de l'état civil sont des actes authentiques. La définition que donne, en effet, l'art. **1317** de cette sorte d'actes leur est de tous points applicable; et, d'autre part, l'art. **45** porte qu'ils font foi jusqu'à inscription de faux, ce qui est le propre des actes authentiques. « *Les extraits délivrés conformes aux registres, et légalisés par le président du tribunal de première instance ou par le juge qui le remplacera, feront foi jusqu'à inscription de faux.* »

Cette disposition statue sur la force probante des actes de l'état civil, c'est-à-dire sur le degré d'autorité qui s'attache à ces actes, sur la foi qui leur est due. Font-ils foi jusqu'à inscription de faux, c'est-à-dire faut-il, pour démontrer la fausseté de leurs énonciations et faire tomber l'autorité qui s'attache à ces actes comme moyens de preuve, avoir nécessairement recours à la procédure spéciale de l'inscription en faux (art. **214** s. C. pr.)? Ou ne font-ils foi que jusqu'à preuve contraire, de telle sorte que leur autorité tombe devant la simple preuve de la fausseté de leurs énonciations, administrée suivant les règles du droit commun? Cette question, d'un intérêt capital, doit être examinée sous deux faces. Il convient de rechercher en effet : 1° quelle est la force probante des actes originaux portés sur les registres de l'état civil, et quelle est l'autorité propre des extraits de ces registres; 2° quelle est la force probante des différentes constatations et énonciations que contient un acte de l'état civil.

Sous l'ancien régime, les extraits pris à la suite d'une procédure de compulsoire avaient seuls la même force probante que les actes inscrits sur les registres; quant à ceux qui avaient été délivrés sans formalités par les dépositaires, ils n'avaient de valeur qu'autant que leur conformité avec l'original n'était pas contestée. Mais quelle était la force probante des originaux eux-mêmes? Des termes des ordonnances (Ord.

tive à la constitution d'un casier d'état civil : la légalisation y est supprimée et remplacée par l'apposition du sceau du tribunal civil ou de la mairie.

de 1539, art. 50 et 51 ; de 1667, tit. XX, art. 7 ; Déclar. de 1736, art. 1) on induisait que la « pleine foy » ou la « foi en justice » qui leur était reconnue était celle des actes authentiques, lesquels font foi jusqu'à inscription de faux. Le but même de leur institution, qui était de soustraire une preuve si importante « à la foi des témoins qui pourroient aisément se prêter au désir ou au besoin des parties », avait paru l'exiger ainsi (1).

**840.** I. Le code ne détermine pas explicitement la force probante des actes originaux eux-mêmes comme le faisait l'art. 6 du titre II de la loi du 20 septembre 1792, et à sa suite la rédaction primitive de l'art. 45 (2). Mais leur autorité résulte implicitement de celle qui est formellement reconnue aux extraits des registres. Si ces extraits, qui n'ont qu'une vertu d'emprunt, font foi jusqu'à inscription de faux, comment en pourrait-il être différemment des originaux qui leur communiquent leur force ? Cette force, d'ailleurs, ils la puisent eux-mêmes dans leur nature d'actes authentiques (3).

Les originaux des actes de l'état civil, et les extraits des registres, à la condition d'être « délivrés conformes » et dûment légalisés, font donc foi jusqu'à inscription de faux.

**841.** Partant les tiers auxquels on oppose un extrait remplissant les conditions légales ne peuvent pas, en contestant simplement sa conformité avec les registres, exiger la représentation de ces derniers. En donnant ainsi aux extraits une autorité propre et indépendante de celle du registre auquel ils ont été empruntés, le législateur a dérogé aux règles du droit commun, d'après lesquelles « les copies, lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre, dont la représentation peut toujours être exigée » (art. 1334). L'application de cette disposition, toute simple pour les actes dont l'original est sur une feuille volante,

(1) Rodier, *Quest. sur l'Ord. de 1667*, tit. XX, art. VII, quest. 1 ; Thibeaud, p. 100 s.

(2) Tit. II, art. 18, Fenet, *Trav. prép. du C. civ.*, II, p. 15.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Etat civil* (Actes de l'), § 2 ; Aubry et Rau, § 65, p. 329 ; Demolombe, I, n. 319 ; Demante, I, n. 97 *bis*, I ; Laurent, II, n. 35 ; Huc, I, n. 320 ; Beudant, I, n. 136 ; Fuzier-Herman, art. 45, n. 6.

comme les minutes des notaires, aurait entraîné des inconvénients considérables en ce qui concerne les registres de l'état civil. D'une part il eût fallu les déplacer, et les exposer par là à de nombreuses chances de perte et d'altération. D'autre part, durant leur absence, il eût été impossible aux intéressés de s'en faire délivrer des extraits par le dépositaire dépossédé, et impossible aussi, lorsqu'il se serait agi des registres de l'année courante, d'y inscrire de nouveaux actes. C'était donc le cas de déroger à l'art. 1334 et c'est ce qu'a fait l'art. 45 (1).

On a pourtant nié que cet article eût cette portée. Les extraits, a-t-on dit (2), ne font foi, d'après cette disposition elle-même, que tout autant qu'ils sont « délivrés conformes aux registres ». C'est donc à celui qui produit un extrait à prouver qu'il est conforme au registre, et il ne peut le faire que par la représentation de celui-ci, pour qu'on puisse confronter l'un avec l'autre. — Mais, comme on l'a déjà observé, les mots « délivrés conformes » sont synonymes de « certifiés conformes », de même qu'ils le sont manifestement dans l'art. 2-1° de la loi du 12 février 1872. C'est, d'ailleurs, aux extraits eux-mêmes que l'art. 45 reconnaît la force probante : or elle n'appartiendrait qu'aux registres, dont il ne parle précisément pas, si la représentation de ces derniers pouvait toujours être exigée.

**842.** Est-ce à dire que les extraits fassent foi jusqu'à inscription de faux de leur conformité elle-même? En d'autres termes, lorsque celui à qui on oppose un extrait, régulier en la forme, a la preuve qu'il n'est pas conforme au registre, doit-il nécessairement, pour démontrer l'erreur commise, recourir à la procédure de l'inscription en faux? Nous ne le pensons pas. L'art. 45, qu'on le remarque, règle la force probante des énonciations des actes de l'état civil, et non

(1) Aubry et Rau, I, § 65, p. 332, n. 7; Demolombe, I, n. 318; Demante, I, n. 97 *bis*, II; Marcadé, I, art. 45-III, n. 238; Laurent, II, n. 37; Huc, I, n. 319; Beudant, I, n. 140; Planiol, I, n. 516; Coin-Delisle, art. 45, n 6; Bonnier, *Traité des preuves*, n. 794; Fuzier-Herman, art. 45, n. 16 s. — Bourges, 17 fév. 1845, sous Cass., S., 47. 1. 55, D., 46. 1. 337.

(2) Duranton, I, n. 299; Delvincourt, I, p. 30, note 4; Richelot, I, n. 252; Rieff, n. 66; Vazeille, *Du mariage*, I, n. 299.

le degré de foi de l'attestation par laquelle l'officier public certifie la conformité de l'extrait avec le registre. S'il faut induire de sa disposition que l'extrait a, par lui-même, une force qui ne saurait être détruite par la simple allégation qu'il n'est pas conforme au registre, il n'en résulte nullement, selon nous, qu'il faille, pour constater un fait matériel aussi simple que la conformité ou la non-conformité des deux documents, recourir à une procédure aussi compliquée que celle de l'inscription de faux. Il suffirait, au contraire, à notre avis, que celui auquel on oppose l'extrait non conforme s'en fît délivrer un autre, conforme celui-là, et qu'il le présentât au tribunal, lequel, en présence de deux extraits dissemblables, mais ayant pourtant la même autorité, n'aurait pas de motif pour s'en tenir à l'un plutôt qu'à l'autre, et devrait alors, soit ordonner un compulsoire en présence des deux parties, soit vérifier de quel côté est l'erreur, après avoir, s'il y avait lieu, ordonné le transport du registre ou donné commission rogatoire au tribunal du lieu de sa situation (1). M. Huc (2) a, il est vrai, élevé contre cette façon de procéder une objection spécieuse. « L'officier de l'état civil, a-t-il dit, en certifiant que l'extrait est conforme au registre, atteste un fait qu'il affirme avoir personnellement constaté et à la constatation duquel il est préposé. » Sans doute, mais comment ce fait serait-il prouvé jusqu'à démonstration du faux, alors que l'affirmation de l'officier de l'état civil se détruit elle-même, par hypothèse, dans un autre extrait, délivré par lui et également certifié conforme ?

**843.** II. Les registres et leurs extraits font-ils foi jusqu'à inscription de faux indistinctement de toutes les énonciations qu'ils contiennent? L'affirmative, qui semblerait résulter de la généralité des termes de l'art. 45, doit être certainement repoussée, par application des principes ordinaires sur la force probante des actes authentiques, qu'il n'y a nulle raison ici d'écarter. Or l'autorité exceptionnelle de ces actes, qu'ils

(1) Maleville, *Analyse de la disc. du code civil*, I, p. 74; Demante, I, n. 97 *bis*, II; Laurent, II, n. 37; Beudant, I, n. 139; Planiol, I, n. 517; Surville, I, n. 115 *in fine*.

(2) I, n. 319. — Cf. aussi Aubry et Rau, I, § 65, p. 331.

doivent à l'intervention d'un officier public, lequel, soit par le mode d'investiture de ses fonctions, soit par les peines sévères auxquelles il s'expose lorsqu'il commet un faux (art. 145 et 146 C. pén.), offre de puissantes garanties de sincérité, ne peut s'attacher qu'aux faits directement constatés par cet officier et qu'il avait qualité pour constater. Au surplus cette doctrine si rationnelle avait été déjà formellement admise dans notre ancien droit et consacrée par des décisions judiciaires (1).

**844.** L'application de ces principes à notre matière conduit aux trois propositions suivantes :

1° Les énonciations d'un acte de l'état civil qu'on ne peut pas prétendre fausses sans attaquer la véracité de l'officier public parlant en cette qualité, sans soutenir en d'autres termes qu'il a commis un faux, font foi jusqu'à inscription de faux. On ne peut pas, en effet, en démontrer l'inexactitude sans établir du même coup qu'il a altéré la vérité. Il importe peu d'ailleurs que l'officier de l'état civil l'ait altérée sciemment et avec une intention coupable, auquel cas il y a faux criminel (art. 145 C. pén.), ou sans en avoir conscience et par pure inadvertance, auquel cas le faux est civil et ne peut donner lieu tout au plus qu'à des dommages-intérêts à la charge de cet officier. Or doivent être considérées comme ayant ce caractère toutes les énonciations relatives à des faits que l'officier de l'état civil a constatés comme les ayant accomplis lui-même ou comme s'étant accomplis devant lui, et dont l'accomplissement par ou devant lui rentrait dans la sphère de ses attributions. Ou, comme le dit fort bien une décision judiciaire (2), un acte de l'état civil fait foi jusqu'à inscription de faux de tout ce que l'officier de l'état civil « déclare avoir vu et entendu..., constaté et accompli » (3).

Ainsi font foi jusqu'à inscription de faux les énonciations

(1) Rodier, *Quest. sur l'Ord. de 1667*, tit. XX, art. VII, quest. 1; Brillon, *Dict. des arrêts*, v° *Baptême*. — Cf. Thibeaud, p. 101 s.

(2) Trib. Marseille, 26 mars 1870, sous Aix, 18 août 1870, S., 72. 2. 69, D., 71. 2. 249. — Cpr. Req. rej., 18 fév. 1889, S., 89. 1. 161. — Trib. Perpignan, 11 fév. 1896, sous Civ. cass., 24 déc. 1901, D., 1902. 1. 361.

(3) Aubry et Rau, I, § 65, p. 329, n. 1; Demolombe, I, n. 319 et 320; Demante, I, n. 97 *bis*, V; Laurent, II, n. 39; Huc, I, n. 320; Beudant, I, n. 137; Planiol, I, n. 518; Surville, I, n. 114; Fuzier-Herman, art. 45, n. 7.

qui constatent la comparution à tel jour et à telle heure des déclarants, la présentation de l'enfant à l'officier de l'état civil, son existence à cet instant, son sexe, la mort de la personne décédée, la date à laquelle l'acte est dressé, la présence des témoins, et l'accomplissement des formalités légales. — Il ne semble même pas nécessaire à cet effet, en ce qui concerne le sexe de l'enfant nouveau-né, que l'officier de l'état civil constate que celui-ci lui a été présenté ou qu'il a vérifié son sexe, et, en ce qui touche la mort de la personne décédée, qu'il certifie s'en être personnellement assuré : la loi lui imposant l'obligation de ces vérifications, ne doit-il pas être censé y avoir procédé, par cela seul qu'il constate les faits qu'il devrait contrôler (1)?

**845.** 2° Les énonciations relatives à des faits qui ont été simplement déclarés par les comparants ou les parties, sans que l'officier de l'état civil les ait constatés comme s'étant passés en sa présence ou les ayant accomplis et ait été même appelé à le faire, font foi jusqu'à preuve contraire, lorsque du moins ces déclarations ont pu, eu égard à la qualité de leurs auteurs et à l'objet de l'acte, être régulièrement reçues et qu'elles se rapportent en outre spécialement à cet objet.

Si, contrairement au droit commun, ces énonciations font foi dans la mesure qui vient d'être indiquée, même à l'égard des tiers qui n'ont pas coopéré, ne fût-ce que par leurs représentants, aux actes qui les contiennent, c'est que le but même de ces actes, qui est d'établir l'état civil des personnes, l'exigeait impérieusement ainsi. A quoi eussent-ils servi en effet, si on avait toujours pu en repousser purement et simplement le témoignage? (2).

Certains auteurs, voulant leur conférer une autorité encore

(1) *Contra :* Aubry et Rau, *loc. cit.;* Demante, I, n. 109 *bis*, I.

(2) Aubry et Rau, I, § 65, p. 330, n. 2 à 5; Demolombe, I, n. 320; Marcadé, art. 45-IV, n. 239; Valette sur Proudhon, I, p. 206, note *b*, et II, p. 80, obs. 2; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 123; Demante, I, n. 97 *bis*, V; Laurent, II, n. 394?; Huc, I, n. 320; Beudant, I, n. 137; Planiol, I, n. 518 et 519; Surville, I, n. 114; Mersier, n. 55-III; Crépon et Lehr, n. 256 s.; Desclozeaux, n. 91; Fuzier-Herman, art. 45, n. 7 s. — Req. rej., 26 juin 1883, S., 84. 1. 229, D., 84. 1. 367. — Civ. cass., 1er mai 1889, S., 89. 1. 335, D., 89. 1. 287. — Paris, 31 juill. 1890, S., 92. 2. 302, D., 91. 2. 129.

plus grande, ont prétendu que les énonciations dont il s'agit faisaient foi elles-mêmes jusqu'à inscription de faux (1). Ils se sont appuyés sur la généralité du texte de l'art. 45, et ont soutenu, d'une part, que les déclarants devaient être considérés en quelque sorte comme des officiers publics, en tant qu'ils font les déclarations prescrites par la loi, et, d'autre part, que toute déclaration mensongère relatée dans un acte authentique constituait le crime de faux. Mais, de ces affirmations, la première est contraire au simple bon sens, car comment considérer le premier venu, qui peut jouer le rôle de déclarant, comme officier public, et lui accorder à ce titre le même crédit qu'à l'officier de l'état civil? Et les textes contredisent formellement la seconde : car les déclarants qui font de fausses déclarations sont punis de la peine de la réclusion (art. 345 C. pén.), tandis que le faux en écritures publiques est passible de la peine des travaux forcés (art. 145-147). Au surplus notre solution, qui découle des principes relatifs à la force probante des actes authentiques, est corroborée par l'art. 323 C. civ., qui permet à l'enfant inscrit sous de faux noms d'établir sa filiation véritable, sans avoir au préalable à s'inscrire en faux contre les énonciations de son acte de naissance.

Ainsi les énonciations d'un acte de naissance relatives à l'heure et au jour de cette naissance ou à l'accouchement de la mère, si du moins il s'agit de filiation légitime, celles d'un acte de décès relatives au jour et à l'heure du décès (si du moins on décide, contrairement à notre opinion (2), qu'ils doivent y être mentionnés), ne font foi que jusqu'à simple preuve contraire.

**846.** 3° Enfin les énonciations relatives à des faits qui n'auraient dû être ni déclarés, ni constatés, ou même qui, alors qu'ils devaient y être mentionnés, ne se rapportent pourtant pas à l'objet spécial de l'acte, en ce sens qu'il n'a pas pour but d'en établir la preuve, sont dépourvues de toute force

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Maternité*, § 6; Delvincourt, I, p. 30, note 6; Toullier, II, n. 848 s.; Proudhon, II, p. 88; Duranton, I, n. 305 s.; Coin-Delisle, art. 46, n. 1. — Cf. Bertauld, *Quest. et except. préjud.*, n. 30-32.

(2) Cf. *infra*, n. 913 et 914.

probante, que ces faits aient été d'ailleurs ou non contrôlés directement par l'officier de l'état civil (1). D'une part, en effet, l'acte n'avait pas pour objet la constatation de ces faits, et peut-être même était-elle interdite. Et, d'autre part, il importe peu qu'elle résulte des déclarations des comparants ou des renseignements personnels de l'officier de l'état civil, puisqu'il perd sa qualité d'officier public et n'agit plus que comme un simple particulier toutes les fois qu'il excède les limites du mandat qui lui a été donné par la loi.

Ainsi la constatation, par l'officier de l'état civil, que l'enfant est non viable, la déclaration d'une paternité adultérine ou incestueuse, la mention du jour et de l'heure d'un décès (du moins si l'on adopte notre opinion) (2), sont dénuées de toute force probante. Il en est de même de la constatation, contenue dans un acte de naissance, que les parents de l'enfant sont légitimement mariés, cet acte n'ayant pas en effet pour objet de prouver leur mariage. Il en est de même enfin de l'indication du nom de la mère d'un enfant naturel, faite sans autorisation de celle-ci, surtout (3) si l'on décide que cette indication ne devait pas être consignée dans l'acte de naissance.

### § V. *Des cas dans lesquels la preuve par témoins des actes de l'état civil est exceptionnellement autorisée.*

**847.** En principe les naissances, mariages et décès ne peuvent être prouvés qu'à l'aide d'actes réguliers et inscrits sur les registres de l'état civil. Mais ce principe comporte une double série d'exceptions. D'une part, ainsi qu'on le verra bientôt, l'irrégularité de l'acte qui a été dressé ne compromet pas nécessairement sa force probante. Et, d'autre part, lorsque les parties se trouvent dans l'impossibilité de représenter un acte inscrit sur les registres, le législateur, mal-

(1) Cf. les autorités citées aux notes de la page précédente.

(2) Cf. *infra*, n. 913 et 914.

(3) Notre proposition est, en effet, considérée comme vraie même par des auteurs qui veulent que le nom de la mère soit inséré dans l'acte, s'il est déclaré, mais uniquement pour servir à l'enfant de simple renseignement.

gré ses justes préventions contre la preuve testimoniale, a dû, au moins en certains cas, admettre exceptionnellement ce mode de preuve. C'est ce qu'il a fait spécialement pour certains actes, dans des cas qui seront expliqués en temps et lieu, et ce qu'il a fait pour la généralité des actes de l'état civil dans l'art. 46, ainsi conçu (1) : « *Lorsqu'il n'aura pas* » *existé de registres, ou qu'ils seront perdus, la preuve en* » *sera reçue tant par titres que par témoins; et dans ces cas,* » *les mariages, naissances et décès, pourront être prouvés tant* » *par les registres et papiers émanés des pères et mères décédés* » *que par témoins.* »

Cette disposition a été empruntée à l'ord. de 1667 (Tit. XX, art. 14), qui s'était déjà préoccupée d'empêcher les juges d'admettre avec trop de facilité la preuve testimoniale, souvent offerte et reçue jusque-là par suite de la fréquence de la perte ou de la non-existence des registres (2). Son but évident est de ne pas priver de tout moyen de preuve celui qui n'a pas pu s'en procurer ou qui a vu disparaître le titre régulier qu'il pouvait produire, et elle s'inspire des mêmes idées que l'art. 1348. Et comme ces motifs excluent toute distinction qu'on pourrait proposer entre les divers actes de l'état civil, on doit en conclure que le texte les comprend tous, en principe, quoiqu'il ne vise textuellement que les actes de naissance, de mariage et de décès (3), et qu'il est applicable

(1) Parfois les irrégularités commises dans la réception des actes de l'état civil ont été tellement nombreuses, ou la destruction des registres a pris de telles proportions que les moyens fournis par le droit commun ont été jugés insuffisants pour remédier aux situations créées par cet état de choses et qu'une intervention législative spéciale a été nécessaire. Cf. notamment l'ord. du 9 janvier 1815 pour la reconstitution des registres de l'arrondissement et de la ville de Soissons, les lois des 10 juillet, 19 juillet et 23 août 1871, 6 janvier, 12 février et 25 mai 1872, 13 février, 18 février et 4 avril 1873, 25 juin 1874, 5 juin et 3 août 1875, et 5 juin 1893, rendues, ainsi que le décret du 30 décembre 1873, après les désastres de la guerre franco-allemande et de la Commune. Cf. aussi les circ. min. des 4 novembre 1814, 14 février 1818 et 19 octobre 1871. — Cpr. sur ces lois et l'autorité de la preuve reconstituée : Aubry et Rau, I, § 57, p. 292 s.; Beudant, I, n. 103 et n. 147; Planiol, I, n. 543, 546 et 547; Surville, I, n. 118; Dastarac, *op. cit.*, p. 35 s.; R. Bufnoir, *op. cit.*, p. 63 s.; Chéneaux, *op. cit.*, n. 227.

(2) Cf. Thibeaud, p. 105 s.

(3) S'applique-t-il, lorsque ces actes ont été rédigés à l'étranger? Pour l'affirmative, cf. Guénée, note sous Req. rej., 18 nov. 1901, D., 1902. 1. 529.

notamment aux actes de reconnaissance (1) ou d'adoption, à moins que ces actes, faute d'avoir été dressés ou inscrits sur les registres dans les formes ou les délais voulus, dussent être considérés comme non avenus (2).

On étudiera successivement : 1° le mode de preuve organisé par notre disposition ; 2° les hypothèses dans lesquelles il est admissible ; 3° l'effet de la preuve une fois administrée.

**848.** I. *Du mode de preuve organisé par l'art. 46.* — Il ne suffit pas à celui qui veut user de ce mode de preuve d'alléguer la non-existence ou la perte des registres (ou tout autre fait assimilable à ceux-ci) : ces faits doivent être de sa part l'objet d'une preuve préalable (3), qui rend seule recevable la preuve du fait de l'état civil lui-même selon le mode organisé par l'art. 46. C'est cette démonstration seule, effectivement, qui rend vraisemblable la prétention du réclamant et permet de la prendre en considération (4).

Cette preuve préalable, à laquelle on est admis de plein droit, et qu'il ne dépend pas du juge d'interdire dans les cas prévus par la loi (5), peut être faite tant par titres que par témoins : ce qui signifie, non pas que la preuve doive nécessairement être administrée par actes écrits et par témoins tout à la fois, mais qu'elle est susceptible de l'être soit par l'un, soit par l'autre de ces deux modes. L'ordonnance de 1667 s'exprimait dans les mêmes termes, et elle a toujours été entendue en ce sens. Du reste les présomptions elles-

(1) S'applique-t-il aux actes de reconnaissance dressés par un notaire? Pour l'affirmative, cf. Guénée, note précitée, et Planiol, I, n. 537-6°.

(2) Demolombe, I, n. 327; Demante et Colmet de Santerre, I, n. 98 *bis*, V. — Civ. cass., 4 fév. 1822, S., 22. 1. 262, D., *Rép.*, v° *Acte de l'état civil*, n. 170. — Trib. Seine, 25 juillet 1896, D., 97. 2. 84. — Cpr. Aubry et Rau, I, § 64, p. 325, n. 2 *bis*; Mersier, n. 390 et 395. — Riom, 2 janvier 1874, S., 75. 2. 204, D., 74. 2. 110.

(3) Dans notre ancienne jurisprudence cette preuve était considérée comme faite dès qu'il était constaté par une déclaration du curé ou un procès-verbal de recherches que l'on ne retrouvait les registres, ni dans les archives du presbytère, ni dans celles du greffe. Cf. Thibeaud, p. 107.

(4) Req. rej., 18 novembre 1901, S., 1906. 1. 77, D., 1902. 1. 529, note de M. Guénée.

(5) Req. rej., 12 déc. 1827, S., 28. 1. 172, D., 28. 1. 55. — Cf. cep. Req. rej., 20 mars 1838, P., 38. II. 245, D., 38. 1. 205. — Req. rej., 18 novembre 1901, précité.

mêmes, quoique la loi n'en parle pas, seraient, ici comme ailleurs, également admissibles (arg. art. **1353**) (1).

**849.** Cette première preuve, une fois faite, rend la seconde recevable. Mais, quant à celle-ci, ce n'est pas à dire que le réclamant doive être nécessairement admis à la faire : sur ce point le juge a, comme il l'avait déjà dans l'ancien droit (2), un pouvoir discrétionnaire. Il lui appartient d'apprécier souverainement si la prétention du réclamant a été rendue suffisamment vraisemblable et s'il y a lieu dès lors de l'admettre ou non à prouver le fait de l'état civil dont il veut établir l'existence, par le mode de preuve exceptionnel autorisé par notre disposition (3).

**850.** Cette preuve, lorsqu'elle a été déclarée admissible, doit être faite « tant par les registres et papiers émanés des pères et mères décédés que par témoins ». Ces expressions, qui ont un sens analogue à celui des mots « tant par titres que par témoins » de la première partie de l'article, ne signifient pas que les deux genres de preuve soient cumulativement exigés : il est permis de ne recourir qu'à l'un ou à l'autre, et le juge pourrait même ne se décider que par de simples présomptions, puisque la preuve testimoniale est recevable (arg. art. **1353**) (4).

C'est dire, à plus forte raison, — et cette solution s'autorise encore de l'interprétation que recevait l'ordonnance de

(1) Aubry et Rau, I, § 64, p. 326, n. 6 ; Demolombe, I, n. 325 ; Duranton, I, n. 294 ; Toullier, I, n. 346 ; Demante, I, n. 98 et 98 *bis*, III ; Laurent, II, n. 43 et 44 ; Huc, I, n. 322-324 ; Fuzier-Herman, art. 46, n. 2 et 24. — Trèves, 19 janv. 1807, S., 7. 2. 1120, D., *Rép.*, v° *Acte de l'état civil*, n. 122. — Bastia, 21 janv. 1846, P., 46. II. 343, D., 46. 2. 111.

(2) Arrêt du Parlement de Paris, 3 août 1701, *Journ. des audiences*, V, I, ch. XXXIX. — Cf. Thibeaud, p. 108.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Etat civil* (Actes de l'), § 2, art. 46, n. 3 ; Aubry et Rau, I, § 64, p. 325 et 326, n. 5 ; Demolombe, I, n. 325 ; Duranton, I, n. 296 ; Demante, I, n. 98 *bis*, I ; Laurent, II, n. 45 ; Huc, I, n. 326 ; Fuzier-Herman, art. 46, n. 25 s. — Req. rej., 8 août 1864, S., 64. 1. 407, D., 64. 1. 475. — Req. rej., 9 juill. 1873, S., 73. 1. 405. — Cpr. Req. rej., 18 nov. 1901, précité.

(4) Demolombe, I, n. 325 ; Demante, I, n. 98 *bis*, IV ; Laurent, II, n. 46 ; Planiol, I, n. 541 ; Surville, I, n 117 ; Fuzier-Herman, art. 46, n. 36. — Req. rej., 16 fév. 1837, S., 37. 1. 642, D., 37. 1. 253. — Req. rej., 18 mars 1846, S., 46. 1. 325, D., 46. 1. 197. — Riom, 2 janv. 1874, S., 75. 2. 204, D., 74. 2. 110. — Trib. Seine, 25 juill. 1896, précité.

1667 [1] — que la preuve pourrait résulter d'autres écrits que les registres et papiers émanés des père et mère décédés. Si la loi mentionne spécialement ces derniers, c'est qu'ils paraissent être les meilleurs de tous les titres domestiques, puisqu'ils n'ont vraisemblablement pas été préparés pour les besoins de la cause. Et on comprend que le même crédit ne doive pas être accordé en général aux documents puisés dans les papiers des père et mère encore vivants, car ceux-là auraient plus de chances d'être l'œuvre de la fraude. Mais il n'est certainement pas défendu aux parties de les invoquer et au juge d'y avoir tel égard que de raison : cette défense serait incompréhensible, alors que la preuve testimoniale, qui offre assurément plus de dangers, est elle-même admise [2]. Enfin parmi les titres qui peuvent être produits doivent figurer aussi, et avec une autorité particulière, les actes de baptême, de mariage et de sépulture, dressés par les ministres des différents cultes, et les registres tenus dans certains établissements publics, tels que les hôpitaux (art. 80).

**851.** II. *Des hypothèses dans lesquelles la preuve autorisée par l'art. 46 est admissible.* — Deux hypothèses ont été seules explicitement prévues par la loi : 1° celle d'inexistence des registres ; 2° celle de perte des registres. Au premier cas il n'en a pas été tenu, ce qui peut arriver en temps d'invasion ou de troubles politiques ; au second, ceux qui ont été tenus ont été égarés ou détruits, par exemple par un incendie ou par un acte criminel. La loi vient alors au secours de celui qui a été de la sorte privé par un cas de force majeure du titre qui lui est nécessaire.

**852.** L'article est-il limitatif, et ne convient-il pas d'assimiler certains faits à ceux qu'il prévoit formellement? Nul ne l'a prétendu. Tous les auteurs s'accordent, au contraire,

[1] Cf. Thibeaud, p. 109.

[2] Cf. *Observ. du trib.*, Locré, *Lég.*, III, p. 180, les autorités citées à la note 4 de la p. 62 et Merlin, *Rép.*, v° *Etat civil* (Actes de l'), § 2, art. 46, n. 3; Aubry et Rau, I, § 64, p. 325, n. 3; Huc, I, n. 326; Planiol, I, n. 540; Surville, *loc. cit.*; Coin-Delisle, art. 46, n. 14; Mersier, n. 389; Fuzier-Herman, art. 46, n. 33 s. et 47. — Req. rej., 8 nov. 1820, S., 21. 1. 402. — Req. rej., 18 déc. 1838, S., 39. 1. 44, D., 39. 1. 26. — *Contra* : Rieff, n. 76. — Cpr. Civ. cass., 10 juin 1833, S., 33. 1. 794, D., 33. 1. 254.

à reconnaître que les dispositions en sont également applicables dans deux cas, qui se rapprochent beaucoup en effet des précédents : 1° le cas où les registres ont été irrégulièrement tenus : ils présentent des lacunes, laissent apercevoir des interruptions dans la rédaction des actes, ou montrent par leur état matériel que ceux-ci n'ont été dressés qu'après coup, peut-être de mémoire ; — 2° le cas où un ou plusieurs feuillets ont été lacérés, détruits d'une façon quelconque, ou sont devenus illisibles. — Mais il est entendu que dans l'un ou l'autre de ces cas le réclamant devra démontrer, lorsqu'il fera la preuve préalable, que la date du fait de l'état civil dont il veut établir l'existence correspond à la date à laquelle se sont produites les irrégularités ou ont été dressés les actes contenus dans les feuillets détruits (1).

Cette interprétation extensive de l'art. 46 s'autorise d'abord en partie des décisions de notre ancien droit, car la preuve par témoins y était admise lorsque du moins la disparition du feuillet paraissait être l'effet du hasard ou du mauvais état du registre, tandis qu'elle l'était plus difficilement, par crainte des fraudes, lorsque cette disparition semblait être le résultat d'une lacération opérée à dessein (2). — Elle se justifie en outre par cette considération qu'au regard des actes qui n'ont pu être dressés pendant que la tenue des registres a été interrompue ou qui ont été inscrits sur les feuillets lacérés, c'est comme si les registres n'existaient pas du tout ou avaient été totalement détruits : la perte totale ou l'inexistence des registres, quant à ces actes, n'aurait pas été plus préjudiciable !

Mais il nous paraît cependant inexact de dire, comme on

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Etat civil* (Actes de l'), § 2, art. 46, n. 1 ; Maleville, sur l'art. 46; Aubry et Rau, I, § 64, p. 326, n. 7 et 8; Demolombe, I, n. 322; Toullier, I, n. 349; Duranton, I, n. 296; Valette sur Proudhon, I, p. 211, note *a;* Delvincourt, I, p. 35, note 3; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 124; Demante, I, n. 98 *bis,* I et II; Laurent, II, n. 47-50; Huc, I, n. 321; Beudant, I, n. 142; Planiol, I, n. 537 et 539; Surville, I, n. 117 ; Fuzier-Herman, art. 46, n. 4 s.; Rieff, n. 78. — Civ. rej., 21 juin 1814, S., 14. 1. 291, D., *Rép.*, v° *Actes de l'état civil,* n. 143.— Req. rej., 24 mars 1829, D., 29. 1. 198.— Montpellier, 2 mars 1832, S., 32. 2. 610, D., 33. 2. 50. — Bastia, 18 mars 1842, P., 42. II. 426, D , 42. 2. 81. — Req. rej., 18 mars 1846, S., 46. 1. 325, D., 46. 1. 197.

(2) Rodier, *Quest. sur l'Ord. de 1667,* art. XIV, quest. 3. — Cf. Thibeaud, p. 108.

le fait généralement, que les deux hypothèses dont il vient d'être parlé rentrent dans les termes mêmes de l'art. 46. Tout au contraire elles en sont, à notre sens, littéralement exclues, puisqu'il est certain que dans la première les registres existent, quelques irrégularités qu'on y relève, et que dans la seconde ils n'ont pas été perdus, mais seulement atteints dans leur intégrité. Si notre observation est fondée, c'est donc à tort que, après avoir admis les assimilations précédentes, beaucoup d'auteurs présentent notre disposition comme ayant un caractère absolument exceptionnel et comme n'étant pas dès lors susceptible d'être étendue en dehors des hypothèses qu'elle a visées. Cette argumentation de leur part, dans la discussion des questions qui vont être examinées, ne saurait être accueillie.

Cette observation montre en outre qu'on s'accorde au fond, le plus souvent, il est vrai, sans s'en expliquer formellement, à regarder l'art. 46, ainsi qu'on le faisait déjà sous l'empire de l'ordonnance de 1667 pour la disposition correspondante, comme n'étant qu'une application du principe général déposé dans l'art. 1348 : l'emploi de la preuve testimoniale est autorisé toutes les fois que le réclamant justifie, soit de l'impossibilité où il s'est trouvé de se procurer un titre écrit, soit de la perte de son titre par suite d'un cas fortuit ou résultant d'une force majeure. Cette remarque est de la plus haute importance pour la solution des questions suivantes, qui sont controversées.

**853.** En premier lieu, le mode de preuve de l'art. 46 est-il admissible lorsque, les registres paraissant régulièrement tenus et complets, le réclamant se prévaut de la simple omission de l'acte relatif au fait dont il veut établir l'existence? Beaucoup d'auteurs le nient (1). D'après eux, cette hypothèse ne saurait être nullement assimilée aux cas explicitement prévus par notre disposition : l'y assimiler, ce serait, disent-ils, arriver à substituer toujours, sous le fallacieux prétexte d'une omission, l'emploi de la preuve testimoniale à la preuve par les registres de l'état civil. Or l'emploi de la première est,

(1) Demolombe, I, n. 324; Demante, I, n. 98 *bis*, II; Valette sur Proudhon, I, p. 211, note *a*; Duranton, I, n. 297; Marcadé, I, art. 46-II, n. 242. — Cpr. Surville, I, n. 117.

en l'espèce, d'autant plus dangereux qu'aucun fait matériel ne rend ici, comme l'inexistence ou la perte des registres, la prétention du réclamant vraisemblable.

Ces objections ne nous paraissent nullement décisives. Personne, en effet, n'entend dire que les tribunaux doivent admettre nécessairement la preuve testimoniale proposée par le réclamant, pour prouver une naissance, un mariage ou un décès qu'il prétendrait avoir été omis. Mais beaucoup estiment avec nous que le juge doit avoir la faculté d'admettre cette preuve, après d'ailleurs que le demandeur a prouvé le fait qu'il allègue, à savoir l'omission de l'acte sur les registres. En quoi une pareille doctrine serait-elle périlleuse, alors que cette preuve préalable sera par elle-même déjà des plus difficiles à faire, et que de plus le juge ne saurait se montrer trop réservé dans l'appréciation des éléments de cette démonstration? Et ne serait-il pas permis, au contraire, de trouver d'une injuste rigueur l'opinion qui refuserait à une personne de prouver par témoins un décès qu'elle a très régulièrement déclaré à l'officier de l'état civil, même alors qu'elle produirait, par exemple, le permis d'inhumer? Ne serait-il pas plus inique encore de faire peser sur les tiers qui veulent établir un fait de l'état civil les conséquences de négligences qui ne leur sont aucunement imputables?

Notre doctrine a d'ailleurs un point d'appui très ferme dans les travaux préparatoires (1). Il en ressort en effet que, si cette difficulté ne fut pas explicitement résolue, c'est parce que, fut-il dit, « il serait très dangereux que la loi prévît le cas d'omission et qu'il était plus convenable que les contestations auxquelles les omissions pourraient donner lieu fussent portées devant les tribunaux, qui y statueraient suivant les circonstances ». Quelle qu'en soit la valeur, ce motif révèle la vraie pensée du législateur, conforme à cet égard à celle des interprètes de l'ordonnance de 1667 (2). Il faut enfin rappeler que l'art. 46 est, au moins sur deux points, considéré par tous comme s'inspirant du principe écrit en l'art. 1348. Or ce prin-

(1) Locré, *Lég.*, III, p. 68, n. 24.
(2) Cf. Thibeaud, p. 108.

cipe ne comporte pas de distinction entre les différents événements qui ont pu priver une personne, sans sa faute, de la preuve régulière d'un fait (1).

**854.** MM. Aubry et Rau (2), qui adoptent en principe cette doctrine, que consacre aussi une jurisprudence constante, la rejettent néanmoins lorsqu'il s'agit de la preuve d'un mariage. Il leur paraît que l'art. 194 s'oppose, d'une manière invincible, à l'admission de la preuve testimoniale : en effet, disent-ils, « cette preuve n'est recevable que dans les hypothèses prévues par l'art. 46, et il résulte de la discussion au Conseil d'Etat que le législateur n'a point entendu comprendre dans ce dernier article le cas de simple omission ». Mais il semble que les savants auteurs donnent aux paroles qui ont été prononcées dans cette assemblée un sens qu'elles n'ont pas eu et qu'elles ne pouvaient pas avoir. Si le Conseil d'Etat a refusé de consacrer dans un texte formel la faculté pour les tribunaux d'admettre la preuve testimoniale en cas d'omission, il ne l'en a pas moins admise à propos de l'art. 46 et comme dérivant en quelque sorte de cette disposition. Si le juge ne la puisait pas, d'ailleurs, dans celle-ci, où donc la puiserait-il, en présence du principe que la preuve des faits de l'état civil ne peut résulter que des registres? Dès lors le texte de l'art. 194 ne fait pas obstacle à ce qu'on applique la solution générale à la preuve de la célébration d'un mariage, en cas d'omission de l'acte : il la légitime bien plutôt en renvoyant à l'art. 46 (3).

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Légitimité*, sect. I, § 2, n. 8, quest. 4; *Quest.*, v° *Décès*, § 1; Delvincourt, I, p. 35, note 3; Richelot, I, n. 215; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 339 s. et 461; Bonnier, *Traité des preuves*, n. 194; Laurent, II, n. 51; Huc, I, n. 323; Beudant, I, n. 143-145; Coin-Delisle, art. 46, n. 19; Rieff, n. 79; Desclozeaux, n. 97 s.; Mersier, n. 395; Fuzier-Herman, art. 46, n. 5 s. — Req. rej., 1er juin 1830, S., 30. 1. 213, D., 30. 1. 278. — Req. rej., 22 août 1831, S., 31. 1. 361, D., 31. 1. 336. — Gand, 22 mai 1840, D., *Rép.*, v° *Acte de l'état civil*, n. 152. — Cpr. Toullier, I, n. 350 s. — Req. rej., 27 déc. 1837, S., 38. 1. 543, D., 38. 1. 57. — Paris, 12 déc. 1851, D., 54. 5. 12.

(2) I, § 64, p. 327, n. 9 à 13. — Cf. aussi Merlin, *Rép.*, v° *Légitimité, loc. cit.*; Toullier, I, n. 353 et 354; Planiol, I, n. 537; Bonnier, *op. cit.*, n. 199; Mersier, n. 395. — Cpr. Bourges, 17 mars 1830, S., 30. 2. 174.

(3) Vazeille, *Du mariage*, I, n. 200 et 201. — Req. rej., 22 déc. 1819, S., 20. 1. 281, D., *Rép.*, v° *Acte de l'état civil*, n. 150. — Limoges, 26 juillet 1832, P., 33. 1. 197, D., 32. 2. 182. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 46, n. 28 s.

**855.** Mais, sans parler des cas spéciaux pour lesquels la loi a remédié à l'impossibilité de rapporter la preuve régulière d'un fait de l'état civil (1), n'y aurait-il pas d'autres ressources que celle qu'offre l'art. 46 pour obvier aux conséquences d'une omission?

Il en est une qui est certaine : c'est celle de la procédure des demandes en rectification d'état civil, lorsque du moins ceux auxquels l'omission préjudicie ont qualité pour les former. On admet en effet, comme on le verra, que les actes de l'état civil qui n'ont jamais été dressés peuvent l'être tardivement suivant cette procédure, s'il est possible de rassembler tous les éléments qui doivent concourir à leur confection, quoique, à vrai dire, il ne s'agisse plus alors d'une rectification proprement dite (2).

**856.** Mais on a encore suggéré l'emploi d'un autre moyen de suppléer à l'acte omis. L'officier de l'état civil, en ne dressant pas un acte de naissance ou de décès lorsqu'il en est régulièrement requis, ou un acte de mariage immédiatement après la célébration, se rend coupable, sinon d'un fait délictueux (car il n'y a pas de texte qui prononce contre lui une peine de ce chef), tout au moins d'une négligence qui engage sa responsabilité civile. Les intéressés, auxquels préjudicie le défaut d'acte, peuvent donc intenter au civil une action contre lui, ou, après sa mort, contre ses héritiers, pour obtenir la réparation de ce dommage. Si cette action réussit, il en résultera la preuve que l'officier n'a pas dressé, quand il aurait dû le faire, un acte déterminé. Or pourquoi le jugement obtenu dans ces conditions n'établirait-il pas l'existence de la naissance, du mariage ou du décès allégué, et pourquoi son inscription sur les registres ne tiendrait-elle pas lieu de l'acte omis (3)? Cette procédure a été précisément organisée, pour le cas où une infraction punissable a compromis l'existence de la preuve régulière d'un mariage, par les art. 198 à 200 du code civil, d'après lesquels l'inscription sur les registres du jugement de condamnation prononcé contre un officier de

(1) Cf. art. 70, 71, 155, 197, 198 C. civ.
(2) Cf. *infra*, n. 942.
(3) Mersier, n. 396 et 397.

l'état civil pour destruction frauduleuse d'un acte de cette nature, ou du jugement condamnant les héritiers de cet officier à des dommages-intérêts à titre de réparation du préjudice causé par celui-ci aux intéressés, remplace l'acte de mariage. Mais on ne voit pas pourquoi on ne devrait pas étendre cette procédure à tous les cas où c'est par une faute qui n'est point imputable aux parties qu'elles sont privées de l'instrument de preuve sur lequel elles étaient en droit de compter (1).

Ces conclusions se heurtent cependant à de très graves objections. D'une part, ainsi qu'on le verra, cette procédure semble justement devoir toujours trouver son origine dans un fait délictueux. D'autre part, elle est tout à fait spéciale, à la fois par les garanties qui y sont prises, et par le résultat qui y est poursuivi, d'arriver à une véritable *reconstitution* de l'acte à l'intégrité duquel il avait été porté atteinte (2). Comment peut-on se permettre, alors que tout y est exceptionnel, d'en appliquer le bénéfice à d'autres hypothèses que celles qui ont été formellement prévues par la loi?

Ce que du moins on peut admettre, à notre avis, c'est que par application de la règle générale relative à l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil, la décision d'une juridiction répressive qui condamnerait l'auteur d'un délit relatif à un acte de l'état civil, serait susceptible de tenir lieu de la preuve du fait que cet acte avait pour objet de constater (3).

**857.** En second lieu, le mode de preuve de l'art. 46 est-il admissible lorsque les registres paraissant complets et régulièrement tenus, le réclamant veut prouver un fait qui n'est constaté que par un acte de l'état civil inscrit sur une feuille volante? Cette question, on l'observera, présente de l'intérêt, quelque opinion qu'on professe sur la force probante de cet acte lui-même. Or il nous paraît qu'elle doit recevoir la solution affirmative. Si l'art. 46 comprend dans ses termes le cas d'omission comme nous croyons l'avoir démontré, il doit être nécessairement étendu à notre hypothèse, car l'acte qui n'a pas été inscrit sur les registres, mais bien sur une feuille

(1) Dastarac, *op. cit.*, p. 40 s.
(2) Cf. notre tome III, n. 1970 s.
(3) Chéneaux, *op. cit.*, n. 225.

volante, peut à certains égards être considéré comme omis. On ne comprendrait pas, en tout cas, que l'existence d'un acte semblable, qui colore tout au moins la prétention du réclamant, fût ce qui la fît précisément repousser, et qu'il dût, pour la faire admettre, avoir l'habileté d'en faire abstraction et de ne plus invoquer qu'une omission véritable. Vainement objecte-t-on que l'acte inscrit sur une feuille volante ne présente aucune garantie et qu'il peut être l'œuvre de la fraude. Nous ne prétendons pas, en effet, que le juge auquel cet acte est soumis soit obligé de déclarer la preuve recevable; et comme il jouirait d'un pouvoir d'appréciation souverain, rien ne lui serait plus facile, s'il y avait lieu au moindre soupçon, que d'exiger du réclamant qu'il établît dans quelles circonstances précises l'acte, au lieu d'être inscrit sur les registres, ne l'a été que sur une feuille volante (1).

Ainsi justifiée, notre solution reste vraie même en ce qui touche la preuve de la célébration du mariage (2). Et l'art. 194 n'y fait pas plus obstacle que pour le cas d'omission, puisque d'ailleurs on peut y faire rentrer, comme on vient de le voir, le cas d'inscription sur une feuille volante (3).

**858.** Enfin la preuve testimoniale serait même admissible, d'après la jurisprudence, lorsqu'un décès s'est produit par suite de quelque accident qui en a rendu la constatation régulière impossible. Ainsi le décidait-elle spécialement, avant

(1) Aubry et Rau, I, § 64, p. 328; Toullier, I, n. 348; Coin-Delisle, art. 52, n. 3. — *Contra :* Demolombe, I, n. 323; Duranton, I, n. 297. — Cpr. Laurent, II, n. 24 et 52; Huc, I, n. 325; Surville, I, n. 117; Rieff, n. 107.

(2) Toullier, *loc. cit.;* Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 337 et 338; Vazeille, *Du mariage,* I, n. 202; Bonnier, *Traité des preuves,* n. 200. — *Contra :* Aubry et Rau, I, § 64, p. 328, n. 15; Duranton, I, n. 341, et II, n. 251. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 46, n. 19 et 20. — Civ. rej., 21 nov. 1808, S., 9. 1. 45, D., *Rép.,* v° *Mariage,* n. 413.

(3) Mais, bien entendu, conformément à la règle, le juge resterait toujours libre en ce cas de ne pas admettre la preuve du mariage par témoins ou par présomptions. Aussi avons-nous pu dire sans contradiction (tome III, n. 1942-1°) que l'acte simplement inscrit sur une feuille volante ne saurait servir de commencement de preuve par écrit, comme il pourrait parfois en servir, sans aucune permission du juge, si la preuve du mariage était régie par le droit commun. En d'autres termes, ce passage de notre tome III n'est exact que tout autant qu'on se place en dehors de l'hypothèse de l'art. 46, à laquelle il ne se référait pas. Cf. en effet le n. 1955.

la loi du 8 juin 1893, pour les décès en mer par suite de naufrage (1).

Cette solution s'inspire du légitime désir de venir en aide à des situations dignes du plus vif intérêt. Mais est-elle bien conforme à la loi? Il est permis d'en douter. Cette hypothèse particulière s'écarte, en effet, autant qu'il est possible de celles de l'art. 46, car elle ne suppose ni perte, ni inexistence de registres, ni même omission de l'acte : non seulement il n'a point été dressé d'acte, mais il n'a pu même en être dressé, puisqu'il n'a pu être procédé à la constatation de la mort après examen du cadavre et que la mort elle-même ne peut être établie avec certitude, le corps n'ayant pas été retrouvé. Or l'art. 46 n'a pas prévu l'impossibilité de constater le décès par suite de l'impossibilité de retrouver le cadavre : le cas de « disparition » proprement dite n'est point entré dans ses prévisions formelles. On ne saurait donc, semble-t-il, faire constater le décès des personnes disparues suivant la procédure qu'il organise. Cette conclusion ressort encore, et de la suppression par la section de législation du Conseil d'Etat des dispositions spéciales du projet qui autorisaient sous certaines conditions à le faire constater en pareille circonstance, et surtout des règles particulières qui ont été posées, notamment par le décret du 3 janvier 1813, par la loi du 13 janvier 1817 et par la loi du 8 juin 1893, pour permettre dans des cas nettement spécifiés cette constatation (2).

**859.** III. *Effets de la preuve administrée en vertu de l'art. 46.* — Ces effets doivent être déterminés sous deux rapports très différents.

En premier lieu, quelle est l'autorité de la décision judiciaire qui déclare constant le fait dont la preuve a été administrée conformément à l'art. 46? Equivaut-elle à celle de l'acte de l'état civil régulier, faute duquel cette preuve a dû être faite, ou reste-t-elle purement relative et limitée aux

(1) Rouen, 11 oct. 1889, S., 90. 2. 10, D., 90. 2. 305, note de M. Planiol, et les décisions citées dans les renvois.

(2) Planiol, note précitée. — *Contra :* Chéneaux, *op. cit.*, n. 211. — Cf. *infra*, n. 932.

rapports des parties en cause et des personnes qu'elles représentent, suivant la règle générale de l'art. 1351 ?

La doctrine se montre très hésitante sur ce point, mais nous pensons que l'autorité du jugement est simplement relative. On remarquera, en effet, que cette procédure n'aboutit pas, comme celle qu'organisent les art. 198 et suivants, à une véritable reconstitution de l'acte, et que la loi n'ordonne même pas la transcription de la décision qui la termine sur les registres publics. Il n'est pas jusqu'aux termes de l'art. 46 qui ne montrent que, si, à titre exceptionnel, les naissances, mariages et décès sont susceptibles, dans certaines hypothèses, d'être prouvés par témoins ou à l'aide des papiers privés, c'est évidemment pour sauvegarder des intérêts qui, sans ce moyen, resteraient compromis, et non pas pour procurer de la sorte le rétablissement, dans l'intérêt public, de la preuve régulière. La loi n'organise que deux procédures, du moins pour la généralité des cas, en vue de parvenir à ce rétablissement : celle de la rectification proprement dite et celle de la reconstitution. Or l'art. 100 décide que les jugements rectificatifs eux-mêmes ne seront opposables qu'aux parties en cause, quoiqu'il veuille cependant qu'ils soient l'objet d'une transcription. Comment en serait-il différemment pour ceux qui interviennent simplement dans les cas de l'art. 46? Il est vrai que l'autorité des jugements de reconstitution rendus conformément à l'art. 198 est, du moins dans l'opinion que nous adoptons, plus étendue : mais on ne saurait nullement invoquer ici les considérations qui militent en faveur de cette solution (1). Intervenue au cours d'un litige portant sur des intérêts particuliers et pour la défense de certains droits, les effets de la preuve administrée par l'une des parties, dans le cas de l'art. 46, doivent être renfermés dans ses rapports avec l'autre (2).

**860.** En second lieu, quels sont les faits qui doivent être considérés comme acquis, au résultat de ce mode de preuve?

Nul ne conteste qu'un mariage ou un décès prouvé de la

(1) Cf. notre tome III, n. 1988 s.

(2) Planiol, I, n. 545; Chéneaux, *op. cit.*, n. 211 et 212. — *Contra :* Dastarac, *op. cit.*, p. 33 s.; R. Bufnoir, *op. cit.*, p. 63 s.

sorte ne produise exactement tous les effets qu'il produirait s'il avait été établi par un acte régulièrement inscrit sur les registres. Le but de cette disposition, qui est de suppléer à la preuve normale qui fait défaut, le veut ainsi (1).

Mais on a prétendu que la preuve d'une naissance, ainsi rapportée par témoins, n'établit pas par elle-même le fait de la filiation, soit de la filiation légitime, soit de la filiation naturelle lorsque le réclamant a allégué que l'acte de naissance contenait une reconnaissance. On relève en ce sens la contrariété des prescriptions de l'art. 46, qui n'exige pas de commencement de preuve par écrit, et des art. 323 et 341, qui en requièrent un en principe, ou de l'art. 340, qui interdit, sauf dans un cas exceptionnel, la recherche de la paternité. S'il en était autrement, dit-on, il dépendrait de l'enfant d'éluder ces dispositions en invoquant l'art. 46, beaucoup moins sévère. S'il peut s'en prévaloir, ce ne peut donc être que pour établir le fait de sa naissance, mais nullement sa filiation : celle-ci n'est susceptible d'être prouvée que par les modes rigoureux spécialement prescrits par la loi (2).

Nous ne saurions accepter cette doctrine, qui en arrive, contre le but poursuivi par le législateur, à enlever dans un cas particulier un de ses principaux effets au mode de preuve qu'il organise. La contradiction relevée entre les textes précités n'est d'ailleurs qu'apparente, car l'art. 46, d'une part, les art. 323, 340 et 341, d'autre part, prévoient des hypothèses toutes différentes. Ou bien le réclamant n'allègue aucun des faits qui rendent possible l'application de l'art. 46 : et les dispositions relatives à la preuve de la filiation sont seules applicables. Ou bien, au contraire, il articule un de ces faits, inexistence ou perte de registres, omission de l'acte : et il peut alors se prévaloir de l'art. 46, si du moins le juge veut bien l'y admettre, ce qui prévient tout danger de voir une réclamation d'état emprunter la voie

(1) Demolombe, I, n. 326. — Cpr. Merlin, *Rép.*, v° *Etat civil* (actes de l'), § 3, n. 5.

(2) Toullier, II, n. 884-887 ; Duranton, I, n. 295; Marcadé, I, art. 46-IV, n. 244, et II, art. 324-II, n. 34; Richelot, I, n. 213; Coin-Delisle, art. 46, n. 8 et 20; Fuzier-Herman, art. 46, n. 53. — Cpr. Demante, I, n. 98 *bis*, V.

plus commode de cette disposition. On semble enfin oublier qu'il ne suffit pas au réclamant d'alléguer simplement que les registres n'ont jamais existé ou qu'ils ont été détruits : encore faut-il qu'il en fasse la preuve et que celle-ci rende aux yeux du juge sa prétention vraisemblable. Mais pourquoi l'écarterait-on d'ores et déjà lorsqu'elle l'est? Ce ne serait ni rationnel, ni équitable, et la loi consacrerait pour certain cas, en le repoussant, des injustices irréparables. L'enfant naturel reconnu par son père dans son acte de naissance serait, par exemple, irrémédiablement privé de la preuve de sa filiation par la destruction de son titre, si l'auteur de la reconnaissance ne pouvait ou ne voulait concourir à sa reconstitution. Or est-il raisonnablement possible d'admettre que cette preuve, même une fois acquise, puisse ainsi dépendre d'un hasard ou d'une mauvaise volonté (1)?

Notre solution ne comporte-t-elle pas toutefois certaines réserves? Peut-être pourrait-on dire que, lorsqu'une reconnaissance faite par devant un officier de l'état civil n'a pas été l'objet d'un acte inscrit sur les registres, elle ne saurait être, sous prétexte d'omission, établie par la simple preuve testimoniale, parce qu'elle manque alors d'une de ses conditions essentielles d'existence, la solennité, l'authenticité (2). Mais cette proposition elle-même ne nous paraîtrait fondée que dans le cas peu pratique où la reconnaissance n'aurait été l'objet d'aucune constatation écrite, auquel cas elle devrait être en effet considérée comme inexistante, puisque cet aveu doit être consigné dans un acte authentique et qu'il n'existerait pas d'acte du tout. Tout au contraire il nous semble qu'un acte de reconnaissance, quoique inscrit sur une simple feuille volante, ne serait pas dépourvu par là même du caractère

(1) Aubry et Rau, I, § 64, p. 325, n. 4; VI, § 544, p. 13, n. 22, et § 569, p. 195, n. 17; Demolombe, I, n. 326, et V, n. 233 et 234; Valette sur Proudhon, II, p. 102, note *a;* Laurent, III, n. 425; Bertauld, *Quest. et excepl. préjud.*, n. 23; Coin-Delisle, art. 46, n. 8; Mersier, n. 390; Fuzier-Herman, art. 46, n. 37. — Req. rej., 16 fév. 1837, S., 37. 1. 642, D., 37. 1. 253. — Riom, 2 janv. 1874, S., 75. 2. 204, D., 74. 2. 110. — Trib. Seine, 25 juill. 1896, D., 97. 2. 84. — Cpr. Merlin, *Rép.*, v° *Etat civil* (actes de l'), § 2, art. 46, n. 3. — Civ. cass., 13 mars 1827, S., 27. 1. 444, D., 27. 1. 168.

(2) Cpr. Mersier, n. 390.

de l'authenticité, et dès lors qu'il devrait suivre le sort de tous les actes de l'état civil dressés dans les mêmes conditions.

Quant à l'acte d'adoption qui n'aurait pas été inscrit sur les registres dans le délai de l'art. 359, l'omission en entraînerait la nullité, conformément au texte même, à moins pourtant qu'on ne pût démontrer qu'elle n'a pas été imputable aux parties et que c'est vainement qu'elles se sont efforcées de faire opérer cette inscription, qui n'a pu être faite faute de tenue des registres (1).

## § VI. *Sanction des dispositions relatives à la rédaction des actes de l'état civil et aux registres.*

**861.** L'observation des règles relatives à la rédaction des actes de l'état civil, à la tenue des registres, à leur conservation, etc., a été assurée par la responsabilité civile et parfois pénale des fonctionnaires qui en sont chargés.

Mais est-elle également sanctionnée par la nullité des actes dressés en contravention aux prescriptions légales? Il est remarquable que la loi ne prononce en aucun cas cette nullité. Aussi s'accorde-t-on à reconnaître qu'elle a voulu laisser aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire pour apprécier, eu égard à l'objet de l'acte et aux circonstances, les conséquences que doit avoir l'irrégularité commise (2). Ces irrégularités sont presque toujours, en effet, imputables à l'officier de l'état civil, et partant il eût été injuste qu'elles pussent préjudicier à ceux dont l'acte était destiné à constater l'état ou aux tiers. C'est donc au juge à mesurer la force probante de l'acte irrégulier, à la fois d'après ce qu'il contient et d'après ce qu'il ne contient pas.

(1) Demante, I, n. 98 *bis*, V; Mersier, n. 330.

(2) Siméon, *Rapp. au Tribunat*, Locré, *Lég.*, III, p. 207, n. 16; Aubry et Rau, I, § 65, p. 332, n. 8; Demolombe, I, n. 330; Toullier, I, n. 311; Duranton, I, n. 337; Demante, I, n. 97 *bis*, VI, et n. 102; Laurent, II, n. 21 et 22; Beudant, I, n. 104, 114 et 138; Planiol, I, n. 521 et 522; Surville, I, n. 98; Coin-Delisle, art. 34, n. 10; Rieff, n. 54 et 94; Mersier, n. 45 s.; Fuzier-Herman, art. 34, n. 5 s. — Douai, 18 mars 1850, sous Cass., S., 51. 1. 202, D., 51. 1. 43. — Req. rej., 28 nov. 1876, S., 77. 1. 172 et note, D., 77. 1. 367. — Douai, 21 déc. 1885, S., 87. 2. 151. — Cpr. Huc, I, n. 320.

**862.** L'acte peut être d'abord tellement irrégulier que nul ne songe à en soutenir la validité. C'est le cas certainement pour celui qui a été dressé par un individu n'ayant absolument aucun caractère public (1). A vrai dire il n'y a pas alors d'acte du tout. Et tel aurait dû être le sort des actes qui furent reçus, pendant la période qui suivit nos désastres de 1870, par les personnes qui exercèrent, sans mandat régulier, les fonctions municipales, si des lois de circonstance ne les avaient plus ou moins franchement et complètement relevés de leur nullité (2).

Tel serait aussi le caractère de l'acte qui serait reçu par un officier de l'état civil sur les registres d'une commune autre que celle où il exerce ses fonctions : car, sa compétence étant purement territoriale en principe, il perd sa qualité d'officier public en dehors de sa commune. Mais il nous semble qu'on ne devrait pas décider qu'il en serait nécessairement de même si l'officier s'était simplement transporté sur le territoire d'une autre commune pour y dresser l'acte qu'il avait qualité pour recevoir : le juge recouvrerait son pouvoir discrétionnaire pour apprécier la valeur de cet acte qui aurait été reçu en définitive par l'officier compétent, mais dans des conditions toutefois de nature à en infirmer en fait la force probante (3).

Enfin le juge serait autorisé, selon nous, à se livrer à la même appréciation au cas où l'officier de l'état civil dresserait dans sa propre commune, un acte qu'il n'avait pas mission de recevoir, à raison du lieu où s'est accompli le fait que cet acte a pour objet de constater, par exemple une naissance ou un décès qui se sont produits en dehors de cette commune. Telle est la solution qu'on peut induire de celle qu'a explicitement consacrée le Code civil relativement au mariage célébré par un officier incompétent (art. 191) : la nullité du

(1) Demolombe, I, n. 330; Toullier, I, n. 247; Laurent, II, n. 23; Planiol, I, n. 523; Surville, I, n. 98; Fuzier-Herman, art. 34, n. 35. — Civ. cass., 10 août 1819, S., 19. 1. 492, D., *Rép.*, v° *Actes de l'état civil*, n. 355. — Paris, 18 déc. 1837, S., 38. 2. 113, D., 38. 2. 177.

(2) Cf. *supra*, p. 28, note 4.

(3) Cpr. Beudant, I, n. 104. — Cf. pour le mariage, notre tome III, n. 1852 et 1853.

mariage n'est alors que facultative. Il est vrai que la compétence de l'officier est déterminée en matière de mariage par des règles particulières et qu'elle doit être à la fois « personnelle » et territoriale. Mais il n'en reste pas moins que son incompétence n'entraîne pas obligatoirement la nullité de l'acte auquel il a procédé, et on ne voit pas pour quels motifs il devrait en être autrement de tous les actes autres que celui-là, alors surtout que c'est ce dernier qui a été entouré par la loi de plus de garanties (1).

**862** *bis*. On pourrait prétendre encore que l'acte qui n'est pas signé par l'officier de l'état civil n'a aucune valeur, puisque c'est sa signature qui seule atteste et garantit sa présence. Et pourtant nous ne voudrions pas dire qu'un tel acte dût être nécessairement privé de toute force probante. Déjà dans notre ancien droit la doctrine et la jurisprudence s'accordaient à la lui conserver entière, s'il paraissait d'ailleurs régulier et authentique, et la nullité eût été en effet difficile à prononcer à une époque où l'habitude de signer les actes ne fut prise qu'avec beaucoup de peine (2). Et aujourd'hui encore il se peut que, malgré l'absence de cette signature, il ne s'élève aucun doute sérieux sur l'authenticité de l'acte : c'est donc au juge à en déterminer la juste valeur (3).

**863.** L'acte qui n'a été inscrit que sur une feuille volante est déjà par lui-même plus complet : toutes les formalités légales ont pu être observées, et ce qui tend seulement à en infirmer l'autorité, c'est son isolement, contraire à la règle qui veut que tous les actes soient réunis dans des registres. La loi n'en ayant pas prononcé la nullité (art. 52), on doit décider, selon nous, par application du principe, que le juge

(1) Beudant, I, n. 104. — Cf. notre tome III, n. 1849 s.

(2) Rodier, *Quest. sur l'Ord. de 1667*, tit. XX, art. X, quest. 1 ; Rousseau de Lacombe, *Rec. de jurispr. canonique*, v° *Empeschements de mariage*, sect. V, dist. XII, art. 1 ; arrêt du Parl. de Paris, 13 juin 1864, *Journ. des Audiences*, IV, liv. VII, chap. XII. — Cf. Thibeaud, p. 104.

(3) Beudant, *loc. cit.* ; Planiol, I, n. 525 ; Coin-Delisle, art. 39, n. 2 ; Fuzier-Herman, art. 34, n. 9. — Grenoble, 5 avril 1824, S., 25. 2. 150, D., *Rép.*, v° *Acte de l'état civil*, n. 188. — Douai, 18 mars 1850, sous Cass., S., 51. 1. 202, D., 51. 1. 43. — Cpr. Toulouse, sur renvoi, 16 mai 1899, D., 1901. 2. 116. — *Contra* : Huc, I, n. 317 ; Arntz, *Cours de dr. civ. franç.*, I, n. 155 ; Rieff, n. 40 ; Béquet, n. 82 ; Mersier, n. 7 ; Sauvan, p. 94. — Cpr. Laurent, II, n. 25.

en détermine souverainement la force probante (1). Et cette solution s'inspire aussi de l'art. 9 de la déclaration du 9 avril 1736, qui conférait implicitement au magistrat un pouvoir discrétionnaire (2).

Mais, a-t-on objecté, lorsque « la loi prescrit l'inscription d'un acte sur un registre, le registre est de l'essence de l'acte », et il n'y a pas plus d'acte de l'état civil lorsque l'acte est inscrit sur une feuille volante qu'il n'y a de renonciation à succession ou d'inscription hypothécaire en dehors des registres à ce destinés. Il faut répondre que ce rapprochement ne paraît pas justifié, car il n'y a rien de pareil, en ce qui touche les actes de l'état civil, aux textes formels qui prescrivent que la renonciation de l'héritier ou l'hypothèque soient inscrites sur des registres (art. 784 et 2134). Seul l'art. 194 exige positivement pour la preuve des mariages un acte inscrit sur les registres : aussi est-il très douteux que les juges puissent ajouter foi à un acte de mariage inscrit sur une feuille volante (3).

**864.** Toujours en vertu du même principe il appartient au juge de dire quelles conséquences doit avoir, quant à la force probante de l'acte, l'absence de la signature des parties, des déclarants, ou des témoins (4), ou l'absence même de témoins, ou encore la présence de ces derniers en nombre moindre que celui qui est exigé par la loi, ou le fait enfin qu'ils ne remplissaient pas les conditions légales.

**865.** Il ressort en dernier lieu de la nature même des cho-

(1) Aubry et Rau, I, § 64, p. 328, n. 14; Toullier, I, n. 348; Beudant, *loc. cit.*; Coin-Delisle, art. 57, n. 3; Fuzier-Herman, art. 34, n. 22. — *Contra :* Demolombe, I, n. 323; Laurent, II, n. 24. — Cpr. Planiol, I, n. 524; Rieff, n. 106 et 107; Mersier, n. 396.

(2) Rodier, *op. cit.*, art. 14, quest. 2; arrêt du Parlement de Toulouse, 5 avril 1757, cité par cet auteur. — Cf. Thibeaud, p. 105.

(3) Cf. notre tome III, n. 1942.

(4) Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. IV, § 3; Aubry et Rau, I, § 59, p. 303, n. 7 *ter;* Laurent, II, n. 25 et 26; Huc, I, n. 316; Beudant, I, n. 114; Coin-Delisle, art. 39, n 2, et art. 37, n. 6; Fuzier-Herman, art. 34, n. 14 s. — Montpellier, 4 fév. 1840, S., 40. 2. 160, D., 40. 2. 134. — Angers, 27 déc. 1854, S., 55. 2. 10, D., 55. 2. 202 — Req. rej., 23 juin 1869, S., 69. 1. 445, D., 71. 1. 327. — Req. rej., 28 nov. 1876, S., 77. 1. 172 et note, D., 77. 1. 367. — Douai, 21 déc. 1885, S., 87. 2. 151. — *Contra :* Arntz, Rieff, Sauvan, *loc. cit.* — Cpr. Caen, 13 juin 1819, S., 19. 2. 225, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 558.

ses que l'acte qui manque d'une des énonciations requises par la loi ne saurait faire preuve en ce qui concerne l'objet de celles-ci (1). Mais, toujours par application du principe, la fausseté démontrée de certaines des énonciations qu'il contiendrait ne le destituerait pas nécessairement de toute force probante, s'il était possible de corriger les erreurs commises à l'aide des autres éléments de l'acte et de toutes les circonstances du fait (2).

**866.** Quelle est maintenant la responsabilité, pénale et civile, des fonctionnaires chargés de l'accomplissement des formalités légales ?

*1° Responsabilité pénale.* — Elle peut être engagée :

*a*) A raison de simples contraventions aux art. **34** à **49**, et de celles-là seulement, les pénalités n'étant point susceptibles d'extension (3). « *Toute contravention aux articles précédents,* » dit l'art. **50**, *de la part des fonctionnaires y dénommés,* » *sera poursuivie devant le tribunal de première instance, et* » *punie d'une amende qui ne pourra excéder cent francs.* »

Cette peine atteint d'abord l'officier de l'état civil qui n'a pas obéi à une des prescriptions légales, lorsque, par exemple, il a écrit une date en chiffres ou un mot par abréviation. Elle atteint non moins certainement les greffiers des tribunaux de première instance, dépositaires des registres de l'état civil.

Mais atteint-elle aussi le président du tribunal ou le procureur de la République, qui ne se seraient pas conformés à quelqu'une des obligations que les articles susvisés leur imposent ? L'affirmative paraît bien résulter, non seulement des termes généraux de notre disposition, mais aussi de la discussion au Conseil d'Etat (4). Et elle ne semble pas, au surplus porter atteinte au principe de l'irresponsabilité de la magistrature en dehors des cas prévus par la loi, « les attri- » butions conférées aux présidents et officiers du ministère

(1) Aubry et Rau, I, § 65, p. 332, n. 9.

(2) Cpr. Trib. Bordeaux, 10 août 1896, D., 98. 2. 254.

(3) Aubry et Rau, I, § 62, p. 313, n. 2; Garraud, *Tr. théor. et prat. de dr pén.*, 2e éd., IV, n. 1236. — Metz, 8 mai 1851, D., 56. 2. 129. — *Contra :* Vazeille, *Du mariage*, I, n. 209. — Cpr. Limoges, 13 fév. 1895, S., 95. 2. 192, D., 95. 2. 398.

(4) Locré, *Lég.*, III, p. 195, n. 5.

» public, par les art. 41 et 49, ne rentrant pas nécessaire-» ment et naturellement dans la sphère de leurs fonctions » judiciaires » (1).

**867.** Comme il s'agit dans l'art. 50 moins de punir un délit véritable que de réprimer des simples négligences et des manquements aux devoirs de la fonction qui consistent en des irrégularités purement matérielles, il semble bien que la peine doive être prononcée, sauf l'appel et les autres voies de recours (2), par le tribunal de première instance jugeant au civil (3), et quelle soit, au fond, plutôt civile que correctionnelle (4).

De là résultent entre autres deux conséquences :

1° Les poursuites tendant à faire prononcer la peine peuvent être intentées pendant trente années, et non pas seulement pendant trois ans (cf. art. 638 C. I. cr.) (5).

2° Le fonctionnaire condamné à l'amende n'est libéré de l'obligation de la payer que par la prescription de trente ans (art. 2262), et non par la prescription de cinq ans (cf. art. 636 C. I. cr.).

**868.** *b*) A raison des délits prévus par les art. 68, 156, 157, 192 et 193 C. civ., et les art. 192-195 C. pén. Ces infractions ont toutes, même celle qui est réprimée par l'art. 68

(1) Aubry et Rau, I, § 62, p. 312, n. 1; Toullier, I, n. 312; Hutteau-d'Origny, tit. X, ch. I, § 1, n. 7; Rieff, n. 95; Mersier, n. 46. — *Contra :* Demolombe, I, n. 288 ; Richelot, I, p. 205, n. 16 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 129; Marcadé, I, art. 50, n. 246; Coin-Delisle, art. 50, n. 1; Desclozeaux, n. 32; Fuzier-Herman, art. 50, n. 1.

(2) Mersier, n. 47. — Metz, 8 mai 1851, D., 56. 2. 129. — *Contra :* Rieff, n. 99; Desclozeaux, n. 36.

(3) Avis du Conseil d'Etat, 30 nivôse-4 pluviôse an XII, non inséré au *Bulletin des Lois* (Cf. Locré, *Esprit du Code civil,* I, p. 392); Circ. du Grand-juge, du 22 brumaire an XIV (Locré, *Lég.*, III, p. 305 s.). — Civ. cass., 27 déc. 1892, S., 96. 1. 393, note de M. Roux, D., 93. 1. 305, note de M. de Loynes.

(4) Aubry et Rau, I, § 62, p. 313, n. 3 et 4; Demolombe, I, n. 286 et 289; Demante, I, n. 103 et 105; Toullier, I, n. 312 et 314; Duranton, I, n. 281 ; Laurent, II, n. 28; Massabiau, *Man. du min. publ.*, I, n. 1242; Dutruc, *Mém. du min. publ.*, I, v° *Actes de l'état civil,* n. 28; Ortolan et Ledeau, *Min. publ.*, I, p. 103; Fuzier-Herman, art. 54. — Cpr. Huc, I, n. 331 ; Mersier, n. 47; Lainé, *Dr. crim.*, n. 436 *bis.* — Limoges, 21 avril 1891, sous Cass., 27 déc. 1892, précité.

(5) Rieff, n. 100; Desclozeaux, n. 35; Fuzier-Herman, art. 50, n. 2. — Riom, 26 avril 1893, S., 96. 2. 230.

C. civ. (1), le caractère de délits correctionnels, et sont comme telles de la compétence des tribunaux de police correctionnelle, conformément au droit commun (2).

*c*) A raison des crimes prévus et punis par les art. 145-147, 254 et 255 C. pén.

**869.** En vue d'assurer la recherche et la poursuite de ces infractions, « *Le procureur du Roi au tribunal de première* » *instance sera tenu de vérifier l'état des registres lors du* » *dépôt qui en sera fait au greffe; il dressera un procès-* » *verbal sommaire de la vérification, dénoncera les contra-* » *ventions ou délits commis par les officiers de l'état civil,* » *et requerra contre eux la condamnation aux amendes* ». (Art. 53) (3). La vérification à laquelle le procureur est ainsi appelé à procéder doit porter tant sur le registre destiné aux archives de la commune que sur celui qui doit être déposé au greffe du tribunal (4).

D'après cet article, dont la disposition était d'ailleurs conforme au système de législation pénale alors en vigueur (loi du 7 pluviôse an X), le ministère public pouvait directement requérir contre les officiers de l'état civil les condamnations aux peines civiles de l'art. 50, mais il devait se borner à dénoncer à un autre magistrat les faits susceptibles d'entraîner contre eux des condamnations correctionnelles ou criminelles. Aujourd'hui le procureur de la République dirige lui-même dans tous les cas les poursuites contre les coupables (art. 22 C. I. cr.).

Toutefois un avis du Conseil d'Etat du 30 juin 1806 (5), approuvé le 31 juillet, autorise le ministre de la justice à pres-

(1) Aubry et Rau, I, § 62, p. 314, n. 6. — *Contra :* Rieff, n. 180.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 313 et 314, n. 5 et 6; Garraud, *Tr. théor. et prat. de dr. pén.*, 2e édit., IV, n. 1234 s. — Bruxelles, 28 juin 1819, S. chr., VI. 2. 100. — Toulouse, 1er fév. 1898, S., 98. 2. 216, note, D., 1900. 2. 29, note. — Toulouse, 7 janv. 1899, S., 99. 2. 16, D., 1900. 2. 29. — *Contra :* Rayel, *Manuel des actes de l'état civil*, p. 29.

(3) Cf. sur cette vérification : Circ. min. du 20 avril 1820 (Locré, *Lég.*, III, p. 308), Ord. du 26 nov. 1823, et circ. min. du 31 déc. 1823; Béquet, n. 180 s.; Mersier, n. 52 s.

(4) Cf. ord. du 26 nov. 1823 et circ. minist. du 6 juin 1843; Fuzier-Herman, art. 53, n. 1. — Civ. cass., 23 fév. 1847, S., 47. 1. 361 et note, D., 47. 1. 81 et note.

(5) Cf. circ. du Grand-juge, du 22 brumaire an XIV (Locré, *Lég.*, III, p. 307).

crire aux procureurs de la République de l'informer des poursuites qu'ils se proposent d'intenter contre les officiers de l'état civil, et à arrêter celles qui n'auraient pas pour objet de réprimer des négligences ou des infractions graves.

**870.** *2° Responsabilité civile.* — D'une façon générale, les fonctionnaires chargés de la tenue et de la conservation des actes de l'état civil sont responsables de tout dommage causé par leur négligence (art. 1382 et 1383) (1). L'art. 52 n'est qu'une application de ce principe : « *Toute altération, tout* » *faux dans les actes de l'état civil, toute inscription de ces* » *actes faite sur une feuille volante et autrement que sur les* » *registres à ce destinés, donneront lieu aux dommages-inté-* » *rêts des parties, sans préjudice des peines portées au code* » *pénal.* »

Mais ils sont de plus civilement responsables à raison du fait d'autrui (2) : « *Tout dépositaire des registres sera civilement* » *responsable des altérations qui y surviendront, sauf son* » *recours, s'il y a lieu, contre les auteurs desdites altéra-* » *tions* » (art. 51).

**871.** D'ailleurs « *Dans tous les cas où un tribunal de pre-* » *mière instance connaîtra des actes relatifs à l'état civil, les* » *parties intéressées pourront se pourvoir contre le jugement* » (art. 54).

## § VII. *Des actes de l'état civil des Français en pays étranger et des étrangers en France.*

**872.** Lorsqu'un individu, Français ou étranger, se trouve en dehors du pays auquel il appartient par sa nationalité, comment doit-il faire constater les faits relatifs à son état civil ? Ou, sous une forme plus large, quelle est la force probante des actes de l'état civil reçus en pays étranger, soit par

(1) Aubry et Rau, I, § 62, p. 314 ; Demolombe, I, n. 286 ; Demante, I, n. 103 ; Laurent, II, n. 28 ; Huc, I, n. 331.

(2) Leur responsabilité est, d'ailleurs, exclusive, dans certains cas, de celle d'autrui. Ainsi le secrétaire de la mairie ne saurait être considéré comme civilement responsable du préjudice qui provient d'une erreur de droit commise dans la rédaction d'un acte de l'état civil : il n'est, en effet, que l'instrument matériel de l'officier de l'état civil. Cf. Toulouse, sur renvoi, 16 mai 1899, D., 1901. 2. 116.

les autorités de ce pays, soit par les représentants diplomatiques ou consulaires des autres nations ? Cette question doit être résolue par application de la règle *locus regit actum* et du principe de la compétence des agents diplomatiques ou des consuls pour la réception des actes intéressant leurs nationaux ; et elle l'a été explicitement, au moins en partie, par les art. 47 et 48, en conformité de ces principes. Deux cas doivent être distingués.

**873.** PREMIER CAS. — L'acte a été reçu en pays étranger et suivant les formes du lieu. « *Tout acte de l'état civil des Fran-* » *çais et des étrangers, fait en pays étranger, fera foi, s'il a* » *été rédigé dans les formes usitées dans ledit pays* » (art. 47, 1er al.). On peut dire, dans une formule plus compréhensive, que tout fait relatif à l'état civil d'une personne peut et doit être prouvé en France de la même façon qu'il pourrait et devrait être prouvé dans le pays où il s'est accompli (1).

En effet, la règle signifie d'abord qu'il est à la fois suffisant et nécessaire que l'acte écrit dressé par l'autorité étrangère réunisse toutes les conditions exigées par la loi du pays où il est reçu, notamment sous le rapport de sa forme et du délai dans lequel il doit être rédigé, pour qu'il ait en France la force probante que lui reconnaît cette loi. Ainsi la naissance d'un enfant, même Français, pourrait être prouvée en France par un simple acte de baptême ou de notoriété, dressé conformément à la loi du lieu où elle s'est produite (2). Ainsi encore une déclaration de naissance peut être régulièrement faite après l'expiration du délai de trois jours établi en France, dans un pays où le délai accordé est plus long (3). Ainsi enfin les énonciations d'un acte qui font foi en France jusqu'à ins-

(1) Aubry et Rau, I, § 66, p. 334, n. 5.

(2) Weiss, p. 382; Despagnet, n. 238-1°; Fuzier-Herman, art. 47, n. 5. — Pau, 19 fév. 1873, S., 73. 2. 85. — Req. rej., 9 juill. 1873, S., 73. 1. 405. — Paris, 2 août 1876, S., 79. 2. 250. — Bordeaux, 26 mars 1878, S., 78. 2. 204, D., 80. 2. 144. — Bordeaux, 21 déc. 1886, *J. Clunet*, 1887, p. 600. — Alger, 7 mars 1898, *J. Clunet*, 1899, p. 103.

(3) Weiss, *loc. cit.*; Despagnet, n. 238-2°; Duguit, *Des conflits de lég. relatifs à la forme des actes civils*, Bordeaux, 1882, p. 61 et note 2; Fuzier-Herman, art. 55, n. 5. — Req. rej., 8 déc. 1851, S., 52. 1. 161, D., 52. 1. 5. — Cpr. Pau, 19 fév. 1873, précité.

cription de faux peuvent être combattues par la simple preuve contraire, si telle est la loi du pays étranger où il a été dressé (1).

Mais notre règle a une portée beaucoup plus générale : elle s'applique lors même que la loi étrangère n'exige pas d'acte écrit pour la constatation des divers faits relatifs à l'état civil. La formule de l'art. 47 semblerait, il est vrai, exclure cette hypothèse : mais c'est parce qu'on a supposé qu'elle était de nature à se présenter assez rarement qu'elle n'a pas été expressément prévue. Les naissances, mariages et décès qui ont eu lieu en pays étranger peuvent donc être prouvés par témoins, même sans commencement de preuve par écrit, si la loi du pays où ils se sont accomplis autorise ce mode de constatation et dans la mesure où elle l'autorise (2). C'est ainsi qu'un individu, marié dans un pays où la loi n'exige pas d'acte écrit pour constater la célébration des mariages et permet d'en établir l'existence par la simple preuve du « fait de la cohabitation et réputation », devra être admis à prouver son mariage en France par témoins, quelle que soit sa nationalité (3).

Enfin, par une dernière application de la règle, les moyens de suppléer à la preuve régulière des actes de l'état civil, notamment dans les circonstances analogues à celles que prévoit notre art. 46, sont déterminés, non par la loi nationale des personnes que ces actes concernent, mais par celle du lieu où ces actes se sont accomplis (4).

(1) Weiss, *loc. cit.;* Despagnet, n. 238-4°; Duguit, *op. cit.*, p. 62 et note 1. — Cpr. Pau, 19 fév. 1873, précité. — Cf. aussi C. d'Etat, 7 août 1897, S., 98. 3. 82.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Etat civil* (acte de l'), § 2, n. 4; *Rép.*, v° *Mariage*, sect. V, § 2, n. 9; *Quest.*, v° *Mariage*, § 7, n 1 et 2; Aubry et Rau, I, § 66, p. 334, n. 7, et V, § 468, p. 122, n. 15 et 17; Laurent, II, n. 9; Huc, I, n. 327; Planiol, I, n. 550; Fuzier-Herman, art. 47, n. 2 s.; Weiss, p. 382 et 468; Despagnet, n. 238 et n. 247. — Req. rej., 20 déc. 1841, S., 42. 1. 321, rapp. de M. Lasagni, D., 42. 1. 34. — Req. rej., 8 juill. 1886, S., 87. 1. 449 et note, D., 87. 1. 267. — Cpr. Duguit, *op. cit.*, p. 66 s., 74 et 75.

(3) Cf. notre tome III, n. 1604.

(4) Despagnet, n. 238; Duguit, *op. cit.*, p. 204 s. — Trib. Seine, 15 mars 1883, *Le Droit*, 9 avril. — Cpr. Aubry et Rau, I, § 66, p. 334, n. 6; Demolombe, I, n. 328. — Req. rej., 9 juill. 1873, S., 73. 1. 405. — Bordeaux, 26 mars 1878, S., 78. 2. 204, D., 80. 2. 144. — Cpr. Guénée, note sous Req. rej., 18 nov. 1901, D., 1902. 1. 599.

**874.** Les autorités étrangères sont d'ailleurs certainement compétentes pour recevoir aussi bien les actes de l'état civil qui intéressent exclusivement des Français que ceux qui concernent à la fois des Français et des étrangers ou des étrangers seulement (1).

**875.** Lorsqu'un acte reçu dans les formes usitées en pays étranger est produit en France, il ne peut l'être, en l'absence de toute convention contraire intervenue entre la France et ce pays (2), que tout autant qu'il a été légalisé par le consul français du lieu où il a été rédigé, et que la signature du consul a été légalisée elle-même par le ministre des affaires étrangères de France ou par son délégué (3).

**876.** Du reste le Code civil n'a pas prescrit, en dehors du cas prévu par l'art. 171, la transcription de l'acte reçu par les autorités étrangères sur les registres tenus en France. Or le même intérêt s'attache évidemment à la connaissance des faits de l'état civil qui se sont ainsi accomplis à l'étranger qu'à celle des faits qui se produisent en France. C'est pourquoi il a été conclu, avec plusieurs des pays limitrophes du nôtre, des conventions diplomatiques par lesquelles les puissances contractantes s'obligent à se transmettre, à certaines dates et suivant une certaine procédure, les actes de l'état civil concernant leurs ressortissants respectifs, sans que cette communication préjuge en rien la solution des difficultés relatives à la nationalité des personnes que ces actes intéressent (4).

Mais les officiers de l'état civil auxquels l'acte est transmis, pour être transcrit sur leurs registres, ne semblent pas tenus, en dehors de toute prescription semblable à celle de l'art. 171,

(1) Aubry et Rau, I, § 66, p. 334, n. 3; Demolombe, I, n. 312-1°; Toullier, I, n. 310; Duranton, I, n. 291; Laurent, II, n. 10; Weiss, p. 383; Fuzier-Herman, art. 47, n. 10. — Req. rej., 7 juill. 1835, S., 35. 1. 939, D., 35. 1. 389.

(2) Cf. sur ces conventions : Weiss, p. 383; Despagnet, n. 239-A.

(3) Ord. d'août 1681, tit. IX, art. 23; Ord. 25 oct. 1833, art. 6 s.; Circ. min., 19 mai 1880 (*J. Clunet*, 1881, p 563). — Aubry et Rau, I, § 66, p. 334, n. 4; Weiss, p. 383; Despagnet, *loc. cit.*; Béquet, n. 983 et 984; Duguit, *op. cit.*, p. 62.

(4) Cf. sur ces différentes conventions : Weiss, p. 392 s.; Despagnet, n. 239-B; Huc, I, n. 329. — Cf. Rouard de Card, L'échange des actes de l'état civil entre nations par voie diplomatique, *Etudes de droit international*, p. 1 s.

d'opérer la transcription requise (1). Aussi, pour assurer la conservation de ces actes et faciliter la délivrance des expéditions, sans avoir à compter avec la bonne volonté des officiers municipaux, la loi du 8 juin 1893 a-t-elle ajouté à l'art. 47 un alinéa 2 ainsi conçu : « *Lorsqu'un de ces actes concer-* » *nant des Français sera transmis au ministère des affaires* » *étrangères, il y restera déposé pour en être délivré expédi-* » *tion.* »

Depuis longtemps déjà, au reste, des instructions ministérielles, en date des 26 janvier 1836, 10 mars 1855 et 17 mai 1864, avaient prescrit aux autorités françaises d'envoyer au ministre des affaires étrangères une copie des actes de décès des étrangers morts sur notre territoire, pour être transmise à l'ambassade ou à la légation intéressée.

**877.** Deuxième cas. — L'acte a été reçu en pays étranger par les agents diplomatiques ou consulaires de la nation à laquelle ressortissent les personnes qu'il intéresse. C'est ce qui peut se présenter lorsqu'il est reçu à l'étranger par un agent français, ou en France par un agent étranger.

**878.** Première hypothèse : l'acte est reçu à l'étranger par un agent diplomatique ou consulaire français. — Le code n'a prévu que cette hypothèse : « *Tout acte de l'état civil des* » *Français en pays étranger sera valable, s'il a été reçu confor-* » *mément aux lois françaises, par les agents diplomatiques ou* » *par les consuls.* » (Art. 48, al. 1er). Il résulte de cette disposition que ces fonctionnaires jouent à l'étranger le rôle d'officiers de l'état civil des Français, et que ceux-ci peuvent indifféremment s'adresser soit à eux, soit aux autorités étrangères. Ce n'est là qu'une conséquence du caractère, facultatif d'après nous, de la règle *locus regit actum,* conséquence que l'intérêt des Français commandait d'admettre : sans quoi il eût pu leur être parfois impossible ou du moins très pénible de faire constater les faits relatifs à leur état civil, par exemple dans les pays où cette constatation est encore l'œuvre des

(1) Weiss, p. 394 ; Rouard de Card, *op. cit.*, p. 32 s. — Trib. Seine, 17 mars 1876, cité par cet auteur. — Cf. aussi Circ. min., 11 mai 1875. — *Contra :* Huc, I, n. 328; Rieff, n. 89; Grün, n. 176 et 285; Louiche-Desfontaines, *Influence de l'émigration sur l'état des personnes,* Paris, 1880, p. 88.

ministres d'un culte auquel les intéressés n'appartiennent pas (1).

**879.** Mais les agents diplomatiques ou consulaires français ne sont compétents, en principe, que pour recevoir les actes qui concernent exclusivement leurs nationaux. L'art. 48 serait donc inapplicable si l'acte concernait exclusivement des étrangers ou à la fois un Français et un étranger. Cette solution résulte, d'abord, de la comparaison des art. 47 et 48, car le second ne parle, à la différence du premier, que des actes « de l'état civil des Français ». Elle s'appuie encore sur cette considération prédominante que, si la loi française peut donner, en pays étranger, autorité à ses représentants sur ses nationaux, elle est impuissante à étendre cette autorité aux étrangers eux-mêmes, sous peine de porter atteinte à la souveraineté du pays auprès duquel ces agents sont accrédités. Enfin on peut dire en sa faveur que si une loi est libre d'offrir à ceux qu'elle régit des facilités particulières pour observer, même à l'étranger, les formes qu'elle détermine, en leur permettant de faire dresser les actes qui les intéressent par les représentants de leur pays, elle ne saurait aucunement soustraire les actes qui concernent en même temps d'autres personnes que ses nationaux à l'empire de la règle *locus regit actum :* à quel titre en effet ces personnes seraient-elles admises à se conformer aux exigences d'une loi qui n'est ni la leur, ni la loi locale?

Vainement donc veut on inférer de l'art. 165 que ces agents doivent avoir compétence à l'étranger par cela seul qu'ils sont compétents au regard d'une des parties, au même titre qu'un officier de l'état civil est compétent en France dès que l'un seul des futurs époux a son domicile matrimonial dans la commune où cet officier instrumente. Car, si la loi française peut attribuer cette compétence à l'officier quand il exerce ses fonctions sur le territoire qu'elle régit, elle ne le peut pas quand il est appelé à agir dans un pays soumis à une loi étrangère. Plus inutilement encore prétendrait-on que l'autorité des agents français doit s'étendre même aux étrangers,

(1) Cfr. Lehr, *Rev. gén. de dr. intern. publ.*, 1894, I, p. 97 et 441 s.

par ce motif qu'elle dérive du privilège de l'exterritorialité et que, à ce titre, ces agents doivent être considérés dans leur hôtel comme étant en France et par suite dans la même situation qu'un officier de l'état civil ordinaire. D'une part cette conception des effets de l'exterritorialité est extrêmement contestable, et, d'autre part, ce privilège n'a rien à faire ici, car il n'a d'autre objet que d'assurer l'indépendance et l'inviolabilité des représentants d'un gouvernement étranger, lesquelles sont tout à fait hors de cause (1).

**880.** Certains auteurs apportent toutefois une réserve à la doctrine que nous avons admise : dans les pays régis par les Capitulations, les consuls français seraient, selon eux, exceptionnellement compétents pour les actes qui intéressent à la fois leurs nationaux et des étrangers, « le but de ces traités étant de soustraire complètement les Français aux autorités locales » (2), à moins peut-être que ces derniers ne recourussent à des formes qui excluraient l'intervention de ces autorités (3). Mais nous ne saurions accepter cette application particulière d'une théorie que nous avons déjà repoussée.

**880** *bis.* Toutefois, par exception au principe qui vient d'être établi, et pour donner satisfaction à certaines nécessités pratiques, d'une part des conventions intervenues entre la France et certaines puissances étrangères ont plus ou moins

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Etat civil* (actes de l'), § 2, n. 2 et 3, et v° *Mariage*, sect. 4, § 2; Aubry et Rau, I, § 66, p. 333, et V, § 468, p. 121, n. 10; Demolombe, I, n. 312-2°; Duranton, II, n. 235; Demante, I, n. 99 *bis*, III; Laurent, II, n. 10 et 11; Huc, I, n. 328; Planiol, I, n. 552; Weiss, p. 385; Despagnet, n. 221 et 222; Rieff, n. 88; Desclozeaux, n. 17; Pic, *Mariage et divorce* (Paris, 1885), p. 106; Louiche-Desfontaines, *op. cit.*, p. 83; Fuzier-Herman, art. 48, n. 1. — Civ. cass., 10 août 1819, S., 19. 1. 452, D., *Rép.*, v° *Acte de l'état civil*, n. 355. — Paris, 6 av. 1869, S., 70. 2. 178, concl. de M. Dupré-Lasale, D., 72. 2. 216. — Trib. Seine, 2 juill. 1872, et 21 juin 1873, *J. Clunet*, 1874, p. 71. — *Contra :* Vazeille, *Du mariage*, I, n. 185 et 186. — Cf. *supra*, n. 229.

(2) Despagnet, n. 220 et 221; Féraud-Giraud, *De la jurid. fr. dans les Echelles du Levant*, II, p. 108 et 131. — *Contra :* Req. rej., 18 avril 1865, S., 65. 1. 317, D., 65. 1. 342. — Trib. consul. du Caire, 17 mars 1882, sous Aix, *J. Clunet*, 1883, p. 170. — Trib. consul. Constantinople, 12 sept. 1890, *J. Clunet*, 1890, p. 914. — Cf. *supra*, n. 230.

(3) Aix, 20 mars 1862, S., 62. 2. 387, D., 63. 2. 48. — Trib. consul. Constantinople, 12 sept. 1890, précité.

étendu la compétence des représentants de chaque pays aux actes passés entre leurs nationaux et les habitants du pays où ces actes s'accomplissent, et parfois même aux actes relatifs à des biens situés dans l'Etat représenté par ces agents et qui intéresseraient uniquement les ressortissants de l'Etat où ils sont accrédités (1).

D'autre part, la loi du 5 février 1901 a ajouté à l'art. 170 du Code civil, qui déclare valable le mariage contracté à l'étranger entre Français et étrangers dans les formes de la loi locale, deux alinéas, aux termes desquels : « *Il en sera de même du mariage contracté en pays étrangers entre un Français et une étrangère, s'il a été célébré par les agents diplomatiques ou par les consuls de France, conformément aux lois françaises. — Toutefois les agents diplomatiques ou les consuls ne peuvent procéder à la célébration du mariage entre un Français et une étrangère que dans les pays qui seront désignés par décrets du Président de la République* » (2). En apportant, et encore sous certaines conditions, cette unique exception au principe, la loi a consacré implicitement, mais très clairement, le principe lui-même.

**881.** Les agents diplomatiques ou consulaires français doivent se conformer, pour les actes qu'ils reçoivent, à la loi française et aux règles qui ont été posées par l'ordonnance du 23 octobre 1833.

D'autre part, aux termes de l'art. 3 de cette ordonnance, les expéditions des actes des consuls, visées par eux et délivrées par les chanceliers des consulats, font la même foi que celles qui ont été délivrées en France par les dépositaires des actes de l'état civil. Et la force probante des expéditions de ces actes délivrées par le ministre des affaires étrangères ou d'actes dressés par les agents diplomatiques doit être évidemment la même (3).

**882.** Au surplus, pour que ces actes puissent être connus

(1) Cf. Despagnet, n. 221.

(2) Un décret du même jour a désigné, comme pays où la loi serait applicable, la Turquie, la Perse, l'Egypte, le Maroc, Mascate, le Siam, la Chine et la Corée.

(3) Aubry et Rau, I, § 66, p. 334, n. 2 ; Demante, I, n. 92 *bis*, I ; Huc, I, n. 328 ; Weiss, p. 386 ; Despagnet, n. 219.

et consultés en France, l'agent qui les a reçus doit en envoyer immédiatement une expédition au ministre des affaires étrangères, qui la fait parvenir à l'officier de l'état civil du domicile des personnes qu'ils concernent, pour être transcrite sur les registres (art. 2 de l'Ordonnance). Puis, à l'expiration de chaque année, l'agent doit envoyer au même ministère l'un des doubles de ses registres, tandis que l'autre reste déposé à la chancellerie du consulat ou de l'ambassade. Cette dernière prescription, contenue déjà dans l'art. 9 de l'ordonnance [1], a pris place dans le code civil sous la forme d'un deuxième alinéa qui a été ajouté à l'art. 48 par la loi du 8 juin 1893 : « *Un double des registres de l'état civil tenus* » *par ces agents sera transmis au ministre des affaires étran-* » *gères, qui en assurera la garde et pourra en délivrer des* » *extraits* ». C'est seulement par le pouvoir qu'elle accorde explicitement au ministre que cette dernière disposition diffère de celle de l'ordonnance.

**883.** DEUXIÈME HYPOTHÈSE : l'acte est reçu par un agent diplomatique ou consulaire étranger, soit en France, soit dans un autre pays. — La loi n'a pas prévu cette hypothèse, à laquelle l'art. 48 est resté étranger. Mais on s'accorde à reconnaître par voie d'induction, aux représentants d'un pays étranger sur leurs nationaux les mêmes pouvoirs qui appartiennent aux agents de la France sur les leurs, à condition toutefois qu'ils en soient investis par leur propre loi. On ne comprendrait pas que la France, au mépris de toute justice, refusât aux étrangers la faculté qu'elle confère à ses propres nationaux, et ce serait d'ailleurs le plus sûr moyen de retirer ce bénéfice à ces derniers que d'en priver les autres, en s'exposant ainsi à des mesures de rétorsion inévitables [2].

Il importe peu, dès lors, que l'acte intéressant un étranger ait été dressé par son agent diplomatique ou consulaire en France ou dans tout autre pays : il aura toujours la même

[1] C'est donc à tort que certains auteurs disent qu'avant la loi de 1893 nos agents « restaient seuls dépositaires des registres ». Cf. Delalande, *Ann. de lég. fr.*, 1891, XI[e] année, p. 135, note 1; Schaffhauser, *Lois nouvelles*, 1894, part. 1, p. 287.

[2] Laurent, II, n. 10; Weiss, p. 390; Despagnet, n. 219; Duguit, *op. cit.*, p. 64.

foi. Mais sa force probante sera naturellement subordonnée à la légalisation de la signature de l'agent par l'autorité auprès de laquelle il est accrédité, par le ministre des affaires étrangères de France, par conséquent, si l'acte a été reçu dans ce pays (1).

## CHAPITRE II

### DES ACTES DE NAISSANCE

**884.** « *Les déclarations de naissance seront faites, dans les* » *trois jours de l'accouchement, à l'officier de l'état civil du* » *lieu; l'enfant lui sera présenté.* » (Art. 55).

L'obligation de déclarer les naissances est une obligation d'ordre public, qui incombe même aux étrangers qui se trouvent en France quand elles surviennent, et dans le cas même où ils voudraient en faire dresser acte par leurs agents diplomatiques ou consulaires (2). Cette déclaration, il faut d'abord qu'elle intervienne dans les trois jours de l'accouchement. Au reste, le jour de l'accouchement ne compte pas, conformément à la règle *dies a quo non computatur in termino* (3). — Si ce délai est aussi court, c'est parce qu'une fausse déclaration est d'autant plus facile à faire qu'il s'est écoulé plus de temps depuis la naissance qui en est l'objet.

Par exception, aux termes de la loi du 21 juin 1903, qui a complété en ce sens l'art. 55 du code civil, les déclarations qui sont faites, en pays étranger, aux agents diplomatiques ou aux consuls, peuvent n'être faites que dans les dix jours de l'accouchement. Ce délai peut même être prolongé, dans certaines circonscriptions consulaires, par un décret du Président de la République, qui fixe la mesure et les conditions de cette prolongation (4).

(1) Cf. la note précédente, et Duguit, *op. cit.*, p. 65 et 66.

(2) Circ. min. du 31 mai 1897, *J. Clunet*, 1898, p. 205.

(3) Huc, I, n. 333; Planiol, I, n. 488; Hutteau d'Origny, tit. IV, ch. I, § 1, n. 9; Mersier, n. 56; Rieff, n. 115; Desclozeaux, n. 58; Fuzier-Herman, art. 55, n. 17.

(4) J. Valéry, *Des actes de naissance dressés par les autorités diplomatiques et consulaires, et, en particulier, de la loi française du 21 juin 1903*, *J. Clunet*, 1904, p. 794, et 1905, p. 538.

On verra enfin qu'aux armées les déclarations de naissance peuvent n'être faites que dans un délai de dix jours [1].

**885.** Si la déclaration n'est faite à l'officier de l'état civil qu'après l'expiration du délai légal, ou si, alors qu'elle a été régulièrement faite, l'officier laisse passer le délai sans rédiger l'acte de suite comme c'est son devoir, celui-ci ne peut plus être dressé qu'en vertu d'un jugement : c'est un des cas où il y a lieu à rectification. Ainsi l'a décidé un avis du Conseil d'Etat des 8-12 brumaire an XI, qu'on considère comme étant encore applicable, quoique antérieur au code civil, et qui est motivé par cette considération « que, s'il était permis de recevoir, sans aucune formalité, des déclarations tardives, et de leur donner de l'authenticité, on pourrait introduire des étrangers dans les familles ». Cette solution, confirmée pour un cas spécial par l'art. 2, 2e al., de la loi du 19 juillet 1871, est préférable à l'opinion de ceux qui laissent à l'officier de l'état civil le soin d'apprécier la sincérité de la déclaration suivant que la durée du retard la rend plus ou moins suspecte, et qui lui permettent en conséquence de se faire juge de la question de savoir s'il doit la recevoir ou la refuser. Outre ses dangers, cette opinion est manifestement contraire à la règle d'après laquelle l'officier de l'état civil n'est investi d'aucun pouvoir de juridiction [2].

Que si néanmoins l'officier reçoit la déclaration tardive, l'acte qu'il a dressé n'est pas nécessairement nul. Par application des principes relatifs à la sanction des formalités auxquelles sont soumis les actes de l'état civil, il appartient au juge de déterminer le degré de la foi due à cet acte irrégulier. La décision de la Cour de Paris [3], d'après laquelle cet acte

[1] Cf. *infra*, n. 934.

[2] Merlin, *Rép.*, v° *Naissance*, § 4; Aubry et Rau, I, § 60, p. 307 et 308, n. 11; Demolombe, I, n. 292; Duranton, I, n. 313; Valette sur Proudhon, I, p. 221, note *a*; Laurent, II, n. 19 et 55; Huc, I, n. 333; Beudant, I, n. 120; Planiol, I, n. 490; Surville, I, n. 103; Hutteau d'Origny, tit. IV, ch. I, § 1, n. 12; Rieff, n. 116; Fuzier-Herman, art. 55, n. 1 s. — Colmar, 25 juil. 1828, S., 29. 2. 28, D., 29. 2. 33. — Aix, 9 mars 1892, S., 93. 2. 129, note de M. Valabrègue. — *Contra* : Demante, I, n. 107 *bis*, II; Coin-Delisle, art. 56, n. 4. — Cpr. Angers, 25 mai 1822, S., 23. 2. 105, concl. de M. Allain-Targé, D., *Rép.*, v° *Acte de l'état civil*, n. 410. — Pau, 16 mars 1853, S., 53. 2. 491, D., 54. 5. 13.

[3] Paris, 9 août 1813, S., 13. 2. 310, D., *Rép.*, v° *Acte de l'état civil*, n. 413.

ne ferait preuve de la naissance que du jour de sa date, est à la fois peu juridique et trop absolue (1).

**886.** La déclaration doit être faite à l'officier de l'état civil du lieu de l'accouchement (2), et l'enfant doit lui être présenté (3), pour qu'il soit à même de constater que l'enfant est nouveau-né, qu'il est vivant et quel est son sexe. Si le déplacement de l'enfant devait mettre sa vie ou sa santé en danger, l'officier serait tenu de se transporter au lieu où il se trouve. L'art. 6 du titre III de la loi du 20 septembre 1792 contenait à cet égard une disposition formelle, que le code civil n'a pas reproduite, sans doute parce qu'il l'a jugée superflue, tant elle est fondée en raison (4).

Dans la pratique les officiers de l'état civil, au lieu de se faire présenter l'enfant comme la loi l'exige, délèguent habituellement un médecin ou même une sage-femme, qui se rend à domicile pour constater la naissance et le sexe de l'enfant. Ce mode de procéder n'a pas seulement le défaut d'être contraire à la loi : il est loin d'offrir les mêmes garanties que celui qui est prescrit par l'art. 55. En effet une constatation frauduleuse serait moins à craindre de la part de l'officier de l'état civil que de la part du médecin et de la sage-femme, qui, en leur qualité de simples particuliers, ne sont pas comme lui passibles de la peine du faux en écritures publiques en cas de fausse constatation. Néanmoins, si irrégulière que soit cette pratique, d'ailleurs imposée par la nécessité dans les centres populeux, elle n'a pas pour résultat, par application des principes plus haut rappelés, d'infirmer par elle seule la force probante de l'acte, et cette force ne serait

(1) Aubry et Rau, I, § 60, p. 308, n. 12; Demolombe, *loc. cit.;* Demante, *loc. cit.;* Huc, I, n. 334; Laurent, II, n. 27; Mersier, n. 58 — Aix, 9 mars 1892, précité. — Cpr. Merlin, *Rép.*, v° *Naissance*, § 4. — Angers, 25 mai 1822, précité.

(2) Cf. Huc, I, n. 332.

(3) Cf. Crim. cass., 21 juin 1833, S., 33. 1. 804, D., 33. 1. 323. — Sur cette obligation appréciée au point de vue médical, cf. Loir, *De l'état civil des nouveau-nés,* Paris, 1854, p. 206 s.

(4) Thibaudeau, *Exp. des motifs;* Locré, *Lég.*, III, p. 141, n. 10; Aubry et Rau, I, § 60, p. 305, n. 6; Demolombe, I, n. 295; Demante, I, n. 107 *bis*, I; Huc, I, n. 335; Planiol, I, n. 492; Surville, I, n. 103; Rieff, n. 118; Fuzier-Herman, art. 55, n. 7. — Trib. des référés de la Seine, 19 juin 1862, *Gaz. des Trib.*, 20 juin. — Cf. Circ. min. 9 avril 1870, et Béquet, n. 335.

même pas nécessairement compromise dans le cas où, comme il arrive parfois, il n'y aurait eu ni présentation, ni constatation d'aucune sorte (1).

**887.** Si l'enfant présenté à l'officier de l'état civil est mort, celui-ci doit se borner à constater, dans un acte inscrit sur les registres de décès, qu'il lui a été « présenté sans vie », sans qu'il résulte de cette mention aucun préjugé sur la question de savoir si l'enfant a ou n'a pas vécu. L'officier de l'état civil ne doit donc pas reproduire les déclarations que lui feraient à cet égard les comparants, dont le témoignage est suspect. Il doit seulement, d'après le décret du 4 juillet 1806, qui contient toutes les règles relatives à cette hypothèse, recevoir « la déclaration des témoins touchant les noms, prénoms, qualité et demeure des père et mère de l'enfant, et la désignation des an, jour et heure auxquels l'enfant est sorti du sein de sa mère » (2).

La mort de l'enfant lors de sa naissance ne modifie d'ailleurs en rien l'obligation à laquelle certaines personnes sont assujetties de déclarer l'accouchement (3).

**888.** De qui donc doit émaner la déclaration de naissance?

Dans l'ancien droit, comme elle intervenait lors du baptême de l'enfant, elle était naturellement faite par les personnes qui assistaient à l'administration du sacrement, par le père ordinairement, assisté des parrains et marraines du nouveau-né (4). La transformation de l'acte de baptême en acte de naissance a obligé à déterminer d'une façon précise les personnes appelées à faire la déclaration. « *La naissance de* » *l'enfant*, dit l'art. 56, *sera déclarée par le père, ou, à défaut* » *du père, par les docteurs en médecine ou en chirurgie, sages-* » *femmes, officiers de santé ou autres personnes qui auront*

(1) Aubry et Rau, I, § 60, p. 305 et 306, n. 7; Huc, I, n. 335; Beudant, I, n. 116. — Angers, 25 mai 1822, précité.

(2) Cf. Circ. min. 13 nov. 1819; Huc, I, n. 336; Béquet, n. 830 et 831; Mersier, n. 103 s.

(3) Chauveau et F. Hélie, *Théorie du code pénal*, IV, n. 1549; Blanche, *Etudes prat. sur le code pénal*, V, n. 274; Fuzier-Herman, art. 55, n. 9 et 12, et art. 56, n. 13. — Crim. rej, 27 juil. 1872, S., 72. 1. 337, D., 72. 1. 277. — Cpr. Paris, 15 fév. 1865, S., 66. 2. 95, D., 65. 2. 138.

(4) Cf. Thibeaud, p. 123.

» *assisté à l'accouchement; et lorsque la mère sera accouchée* » *hors de son domicile, par la personne chez qui elle sera* » *accouchée. — L'acte de naissance sera rédigé de suite, en* » *présence de deux témoins.* »

L'obligation de déclarer la naissance ne pèse donc pas du même poids sur toutes les personnes indiquées en l'art. 56 : la loi établit entre elles un ordre successif.

Le père de l'enfant vient en première ligne. Il est tenu, avant toute autre personne, de déclarer cette naissance, en quelque endroit que soit survenu l'accouchement, fût-ce en dehors du domicile conjugal, et qu'il y ait ou non assisté, la loi ne distinguant pas, pourvu cependant, s'il était absent lors de l'accouchement, qu'il soit revenu assez tôt pour faire utilement la déclaration (1). Ce n'est toutefois que dans le cas où il a assisté à la naissance que son obligation a une sanction pénale (2).

De l'aveu de tous, cette obligation n'incombe au père que lorsqu'il est légalement connu. Elle ne pèse donc sur le père naturel que s'il fait une reconnaissance antérieure à la naissance de l'enfant, ce qui est très rare. C'est précisément, paraît-il, en vue d'atteindre le père naturel, lorsqu'il est légalement connu, que le mot « père » fut, dans l'art. 56, substitué au mot « mari », qui figurait dans les art. 2 et 3 de la loi du 20 septembre 1792, auxquels notre disposition a été empruntée (3).

**889.** Les autres personnes énumérées par l'art. 56 ne sont tenues de déclarer la naissance qu'à défaut du père, c'est-à-dire lorsqu'il est mort, légalement inconnu, absent, privé de l'usage de ses facultés intellectuelles, ou hors d'état d'agir dans le délai légal pour quelque cause que ce soit; mais elles sont alors tenues de cette obligation dans tous les cas, quels que soient les circonstances et le lieu dans lesquels se produise la naissance (4). Cette catégorie comprend toutes les person-

(1) *Contra :* Crim. cass., 12 déc. 1862, S., 63. 1. 276, D., 63. 1. 392.

(2) Amiens, 2 janv. 1837, P., 37. 1. 531, D., *Rép.*, v° *Acte de l'état civil*, n. 218.

(3) Aubry et Rau, I, § 60, p. 305, n. 4 *bis;* Demolombe, I, n. 293; Demante, I, n. 108 et 108 *bis*, I; Laurent, II, n. 56; Huc, I, n. 337; Mersier, n. 60.

(4) Cf. cep. Lyon, 2 fév. 1897, S., 97. 2. 136, D., 97. 2. 367.

nes qui ont participé à l'accouchement, comme les docteurs en médecine ou en chirurgie, les sages-femmes et les officiers de santé, ou qui y ont simplement assisté. Il faut y joindre lorsque la mère est accouchée en dehors de son domicile, la personne chez qui elle est accouchée. Quant à la mère elle-même, on ne pouvait évidemment songer à l'astreindre à cette obligation (1).

La loi n'établissant aucun ordre successif entre les personnes qu'elle désigne à défaut du père, on doit en conclure qu'elles sont toutes indistinctement et concurremment tenues de déclarer la naissance. Ainsi cette obligation incombe, absolument au même titre et de la même façon, aux personnes qui ont assisté comme à celles qui ont participé à l'accouchement : la loi, quoi qu'on en ai dit, les met, quel que soit le motif de leur présence, exactement sur la même ligne (2).

Ainsi encore cette obligation continue à peser sur les personnes qui ont assisté à la délivrance en même temps que sur la personne chez qui la mère est accouchée hors de son domicile. Dans ce cas particulier en effet, l'art. 56, comme le prouve la construction même du texte, étend seulement cette obligation à cette dernière, sans en affranchir aucunement ceux auxquels il l'a déjà imposée : on ne saurait donc prétendre, selon nous, que ceux-ci n'en sont alors tenus que subsidiairement. Et pourquoi donc la loi s'appliquerait-elle en la circonstance à rétrécir le cercle des personnes obligées à la déclaration (3) ?

**890.** Le code civil avait jugé inutile d'assurer par une sanc-

(1) Crim. rej., 10 sept. 1847, S., 47. 1. 763, D., 47. 1. 302.

(2) Aubry et Rau, I, § 60, p. 305 n. 3; Valette sur Proudhon, I, p. 222; Demante, I, n. 108 *bis*, I; Huc, I, n. 337; Planiol, I, n. 491; Fuzier-Herman, art. 56, n. 6. — Crim. cass., 12 nov. 1859, S., 60. 1. 185, D., 60. 1. 50. — Crim. cass., 28 fév. 1867, S., 67. 1. 267, D., 67. 1. 190. — *Contra :* Demolombe, I, n. 293-1°. — Metz, 22 mars 1824, S. chr., VII. 2. 330, D. *Rép.*, v° *Acte de l'état civil*, n. 224.

(3) Aubry et Rau, I, § 60, p. 305, n. 4; Huc, I, n. 337; Fuzier-Herman, art. 56, n. 9 s. — Crim. cass., 28 fév. 1867, précité. — *Contra :* Merlin, *Rép.*, v° *Déclar. de naissance*, n. 1; Demolombe, I, n. 293-2°; Demante, I, n. 108 *bis*, I; Rieff, n. 127. — Lyon, 19 juil. 1827, S., 27. 2. 243, D., *Rép.*, v° *Acte de l'état civil*, n. 221. — Crim. rej., 7 sept. 1823, S., 24. 1. 420, D., *Rép.*, v° *Acte de l'état civil*, n. 220. — Crim. cass., 12 déc. 1862, S., 63. 1. 276, D., 63. 1. 392. — Cpr. Duranton, I, n. 312.

tion pénale l'obéissance à ses prescriptions au sujet de la déclaration de naissance : pourquoi sanctionner une loi qui, après avoir rencontré des résistances au début, semblait définitivement entrée dans les mœurs? Comment croire d'ailleurs qu'une obligation imposée à un aussi grand nombre de personnes, pût jamais rester sans exécution? Mais l'expérience démontra qu'il est imprudent de compter sur la bonne volonté des particuliers pour assurer l'observation des lois. Dans les premiers temps qui suivirent la promulgation du code, beaucoup de naissances ne furent pas déclarées, surtout en ce qui concerne les enfants mâles, qu'on espérait par ce moyen soustraire à la conscription. L'art. 346 du code pénal a créé la sanction dont le besoin se faisait impérieusement sentir. Et il est remarquable que les peines qu'il édicte ne sont encourues que par les personnes qui ont assisté à l'accouchement. De là il suit que le père de l'enfant et la personne chez qui la mère est accouchée échappent à toute pénalité s'ils n'ont pas assisté à l'accouchement. Bien qu'il puisse paraître douteux que telle ait été l'intention du législateur, car la peine peut alors n'être encourue par personne, le père étant, lorsqu'il peut agir, seul obligé à la déclaration, le principe d'interprétation restrictive, qui s'impose en matière pénale, ne permet pas d'admettre une autre solution (1).

**891.** Il nous paraît d'ailleurs certain, en dépit de quelques décisions judiciaires, que ce n'est pas satisfaire pleinement à son obligation que de se contenter de déclarer à l'officier de l'état civil le fait de la naissance, sans lui fournir en même temps toutes les indications qui lui permettent seules de dresser l'acte conformément aux prescriptions de l'art. 57 (2). La déclaration n'est qu'un moyen d'assurer la confection de cet acte : peut-il dépendre de la volonté de ceux à qui elle incombe de la faire de telle manière que cet acte ne contienne pas les énonciations relatives aux faits dont il est destiné à établir

(1) Demante, I, n. 108 *bis*, II ; Planiol, I, n. 489.

(2) Demolombe, I, n. 294; Laurent, II, n. 55. — Crim. cass., 21 juin 1833, S., 33. 1. 804, D., 33. 1. 323. — *Contra :* Crim. rej., 16 sept. 1843, S., 43. 1. 915, D., 44. 1. 137, concl. de M. Quénault. — Crim. rej., 1er juin 1844, S., 44. 1. 670, D., 44. 1. 282. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 55, n. 16.

l'existence? S'il en était ainsi, l'officier de l'état-civil, obligé de respecter le silence des déclarants, et non autorisé, d'autre part, à tenir compte de ses renseignements personnels, ne pourrait dresser qu'un acte vide de sens. Ce n'est évidemment pas ce que la loi a voulu : la déclaration qu'elle exige doit contenir tous les éléments de l'acte de naissance que ses auteurs sont en situation de fournir. Sinon, l'officier est en droit de se refuser à dresser l'acte, et la déclaration pourrait être tenue comme n'ayant réellement pas été faite (1).

**892.** L'acte de naissance doit être rédigé de suite, en présence de deux témoins, par l'officier qui reçoit la déclaration (art. 56, al. 2).

« *L'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de* » *la naissance, le sexe de l'enfant, et les prénoms qui lui* » *seront donnés, les prénoms, noms, profession et domicile* » *des père et mère, et ceux des témoins* » (art. 57).

L'indication de l'heure sert notamment à déterminer lequel de deux jumeaux est l'aîné ou premier né, car, en dépit des controverses physiologiques qui se sont élevées sur ce point, c'est l'enfant qui le premier a vu le jour qui doit être légalement considéré comme tel (2). Cette indication n'était pas requise par l'Ordonnance de 1667 (tit. XX, art. 9), ni par la Déclaration de 1736 (art. 4), moins exigeantes à cet égard que l'Ordonnance de Villers-Cotterets (art. 51), dont les prescriptions, il est vrai, en ce qui touche le « temps de la nativité », n'avaient été que fort peu observées dans les paroisses (3).

**893.** Quant aux prénoms de l'enfant, on sait déjà qu'il ne peut lui être donné, dans son acte de naissance, que ceux en usage dans les différents calendriers et ceux des personnages connus de l'histoire ancienne (4).

(1) Ce n'est pas à dire que l'obligation de faire une déclaration conforme aux exigences de l'art. 57 soit sanctionnée pour les comparants par les peines de l'art. 346 C. pén. Cette question, toute différente, devrait être résolue négativement. Cf. *infra*, n. 896.

(2) Huc, I, n. 338; Hutteau d'Origny, tit. IV, chap. I, § 3, n. 9; Coin-Delisle, art. 57; Rieff, n. 133, D; Grün, n. 157; Béquet, n. 331; Mersier, n. 67. — Caen, 17 août 1843, P., 44. 1. 457, D., 44. 2. 23.

(3) Cf. Thibeaud, p. 120 s.

(4) *Supra*, n. 294 *bis*-XXVIII.

**894.** Quant à l'énonciation des noms des père et mère de l'enfant, il est bien certain d'abord que, si celui-ci est légitime, l'officier de l'état civil peut et doit les indiquer dans l'acte, sur la déclaration des comparants. Les parents de l'enfant ne peuvent avoir aucun bon motif pour vouloir que l'acte de naissance ne révèle pas leurs noms, et leur volonté se heurterait d'ailleurs à celle du législateur, qui fait précisément résulter de l'acte de naissance la preuve de la filiation des enfants légitimes.

Il est non moins certain que, si la filiation de l'enfant est adultérine ou incestueuse, l'acte de naissance ne doit pas révéler cette filiation (arg. art. 335). Ainsi l'officier de l'état civil doit refuser de mentionner dans l'acte la déclaration qui lui est faite que l'enfant, né d'une femme mariée, a pour père un autre que le mari de la mère, cette déclaration émanât-elle de celui qui se présente comme le père de l'enfant (1).

On admet encore unanimement que, s'il s'agit d'un enfant naturel simple, le nom du père ne doit pas être indiqué, à moins qu'il n'ait déjà reconnu l'enfant ou qu'il ne déclare lui-même sa paternité à l'officier de l'état civil, au moment où celui-ci dresse l'acte (art. 334 et 340). La reconnaissance d'un enfant naturel par son père doit être en effet volontaire, du moins en principe, et ce n'est que dans les cas spécifiés qu'elle l'est. L'art. 57 est donc, de l'aveu de tous, inapplicable en l'espèce, malgré ses termes généraux (2).

**895.** Est-il également inapplicable quant au nom de la mère naturelle? Cette question, très controversée, doit être examinée sous deux faces.

Tout d'abord les comparants sont-ils obligés d'indiquer le nom de la mère naturelle? Nous ne le croyons pas. Nul texte

(1) Aubry et Rau, I, § 60, p. 307, n. 10; Demolombe, I, n. 296; Demante, I, n. 109 *bis*, II; Huc, I, n. 338; Planiol, I, n. 494; Surville, I, n. 104; Rieff, n. 130; Mersier, n. 74; Fuzier-Herman, art. 57, n. 7. — Cpr. décret du 19 floréal an II. — Besançon, 4 août 1808, S., 9. 2. 264, D., *Rép.*, v° *Acte de l'état civil*, n. 248.

(2) Siméon, *Rapport au Tribunat*, Locré, *Lég.*, III, p. 209, n. 21; Chabot, *Disc. au C. lég.*, *loc. cit.*, p. 230, n. 15. — Aubry et Rau, I, § 60, p. 307, n. 9; Demolombe, I, n. 296; Demante, I, n. 109 *bis*, II; Huc, I, n. 338; Laurent, II, n. 56; Planiol, *loc. cit.*; Surville, *loc. cit.*; Rieff, n. 129; Mersier, n. 75; Fuzier-Herman, art. 57, n. 6. — Besançon, 9 juin 1808, S. chr., II. 2. 397, D., *Rép.*, v° *Acte de l'état civil*, n. 427. — Cpr. Toulouse, 16 mai 1899, sur renvoi, D., 1901. 2. 116.

ne leur impose cette obligation, pas même l'art. 57, lorsqu'il dit que l'acte de naissance doit énoncer les noms des père et mère, ce qui implique l'obligation pour les comparants de les déclarer. Tout le monde reconnaît qu'en parlant du père la loi ne vise que le père légitime : pourquoi alors, en parlant de la mère, n'aurait-il pas songé aussi à la mère légitime exclusivement? On dit, il est vrai, que si l'interdiction de la recherche de la paternité empêche d'insérer à l'acte le nom du père naturel sans son aveu, et commande cette restriction à l'application du texte, quelque général qu'il soit, rien ne s'oppose à ce que le nom de la mère naturelle doive être déclaré, puisque la recherche de la maternité est permise : sur ce point le texte reprend toute son élasticité. — Mais pourquoi donc la loi aurait-elle exigé cette énonciation? Serait-ce parce qu'elle est de nature à faciliter à l'enfant la recherche de la maternité, en lui indiquant la femme contre laquelle il doit diriger son attaque? Mais l'acte de naissance de l'enfant naturel n'a pas plus pour but de l'aider à établir sa filiation qu'il ne l'établit par lui-même en dehors de toute reconnaissance; et de ce que l'enfant soit admis à rechercher sa mère, il ne s'ensuit nullement qu'il doive trouver dans son acte de naissance les éléments de cette recherche. Il ne s'ensuit pas non plus que le nom de la mère doive être nécessairement divulgué, alors qu'elle n'a pas, du moins pour le moment, l'intention de reconnaître son enfant, et que celui-ci ne se décidera peut-être jamais, lui non plus, à la contraindre à cette reconnaissance. Au surplus, l'exigence de cette divulgation eût pu être fatale aux intérêts mêmes de l'enfant, parce que la femme, placée entre son devoir et la honte de voir sa faute obligatoirement dévoilée, aurait été parfois acculée à des résolutions désespérées.

Enfin il est à peu près certain que l'énonciation relative au nom de la mère naturelle est, quelque opinion qu'on professe sur notre question, dépourvue de toute force probante, et qu'elle ne vaut que comme renseignement tel quel (1). Or

(1) Cpr. Civ. cass., 28 mai 1810, S., 10. 1. 193, D., *Rép.*, v° *Paternité et filiation*, n. 624. — Besançon, 12 juil. 1855, S., 56. 2. 449, D., 57. 2. 18. — Paris, 17 juil. 1858, S., 58. 2. 534. — Paris, 11 juin 1891, S., 92. 2. 213, D., 92. 2. 533.

les actes de l'état civil sont, par essence, destinés à faire foi, tout au moins jusqu'à preuve contraire, de tous les faits qu'ils énoncent. Par exception à cette règle fondamentale, il y en aurait donc un seul, celui de la maternité naturelle, qui, quoique obligatoirement énoncé, ne ferait pas preuve du tout? Le législateur eût, certes, bien pu le décider expressément ainsi; mais encore faudrait-il autre chose que son silence pour être admis à lui prêter une pareille décision. Notre conclusion est donc que le nom de la mère naturelle ne doit pas être déclaré sans son aveu (1).

**896.** En fait, beaucoup d'officiers de l'état civil exigent cependant cette indication, à défaut de laquelle ils refusent de dresser l'acte de naissance. En supposant, contrairement à notre sentiment, que cette pratique soit conforme à la loi, les déclarants qui refuseraient d'obtempérer à l'injonction de l'officier seraient-ils passibles des peines prononcées par l'art. 346 du code pénal? Il nous paraît bien difficile de l'admettre. D'après cet article, qui punit « toute personne qui, ayant assisté à un accouchement, n'aura pas fait la déclaration à elle prescrite par l'art. 56 du code civil, et dans les délais fixés par l'art. 55 du même code », ce qui est seul prévu et réprimé, c'est l'infraction aux prescriptions de l'art. 56, qui ordonne à certaines personnes de déclarer la naissance, mais non l'infraction aux prescriptions de l'art. 57. Or l'obligation pour les déclarants d'indiquer le nom de la mère naturelle résulterait pour eux de ce dernier, et non du précédent, et par suite sa violation n'entraînerait pas l'application des peines de l'art. 346 C. pén., car l'interprétation restrictive est de rigueur en matière pénale (2).

(1) Demante, I, n. 109 *bis*, II; Laurent, II, n. 56-61; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 136; Planiol, I, n. 494; Surville, I, n. 103; Mersier, n. 77; Bertauld, *Quest. et excepl. préj.*, n. 38 et 40. — *Contra :* Merlin, *Quest.*, v° *Maternité*, p. 290; Toullier, I, n. 317; Duranton, I, n. 315; Proudhon et Valette, I, p. 209, et p. 222, note *a*; Coin-Delisle, art. 57, n. 10; Rieff, n. 131; Gauthier, P., 1856, I, p. 456 s. — Civ. rej., 1er juin 1853, S., 53. 1. 481, D., 53. 1. 177 et note. — Civ. rej., 19 nov. 1856, S., 57. 1. 97, D., 56. 1. 412. — Cpr. Aubry et Rau, I, § 60, p. 306, n. 8, et § 65, p. 330, n. 4; Huc, I, n. 338; Fuzier-Herman, art. 57, n. 2.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*; Fuzier-Herman, art. 57, n. 1. — Crim. rej., 1er juin 1844, S, 44. 1. 670, D., 44. 1. 282. — Angers, 18 nov. 1850, S., 51. 2. 280, D., 51.

Il semble surtout impossible de songer à appliquer ce texte au déclarant qui se refuse à indiquer le nom de la mère, lorsqu'il ne peut le faire connaître sans violer le secret professionnel qui le lie et sans s'exposer par suite à encourir les pénalités prononcées par l'art. 378 C. pén. Comprendrait-on que la loi eût pu placer un accoucheur dans l'alternative inéluctable d'avoir à subir, ou les rigueurs de l'art. 346 C. pén., pour avoir tu le nom de la mère de l'enfant dont il déclare la naissance, ou les rigueurs de l'art. 378, pour avoir violé son secret en faisant connaître ce nom (1) ?

Notre opinion à cet égard est, au reste, partagée par certains des auteurs qui reconnaissent à l'officier de l'état civil le droit de demander aux déclarants le nom de la mère de l'enfant (2).

**897.** En admettant maintenant, et c'est la deuxième face de notre question, que les comparants ne soient pas tenus de déclarer le nom de la mère naturelle, l'officier de l'état civil doit-il le mentionner dans l'acte, au cas où ils le déclarent spontanément? Nous ne le pensons pas. Vainement dit-on, au soutien de la doctrine opposée, que rien dans la loi ne fait obstacle à ce qu'il le mentionne. L'officier de l'état civil, en vertu d'un principe fondamental déjà étudié, ne doit énoncer dans les actes de son ministère que ce qui doit être déclaré par les comparants (art. 35); or, par hypothèse, la loi ne les oblige pas à déclarer le nom de la mère naturelle : donc il ne saurait le mentionner. On n'a pas encore répondu à cet argument péremptoire, qui fait justice de l'opinion intermédiaire de ceux qui considèrent comme seulement facultative l'énonciation du nom de la mère. On ne l'a nullement ruiné en effet, à notre avis, en observant qu'il s'agit de parenté naturelle et que la constatation de cette parenté dans un acte de l'état civil suppose toujours un acte volontaire. Car, par hypo-

2. 20. — *Contra :* Toullier, I, n. 317. — Paris, 20 avril 1843, S., 43. 2. 210, D., 43. 2. 147. — Cpr. Demolombe, I, n. 294; Laurent, II, n. 61.

(1) Demante, I, n. 109 *bis*, II; Fuzier-Herman, art. 57, n. 5. — Crim. rej., 16 sept. 1843, S., 43. 1. 915, D., 44. 1. 137, concl. de M. Quénault. — Crim. rej., 18 juin 1846, S., 46. 1. 696, D., 46. 1. 233. — Angers, 18 nov. 1850, S., 51. 2. 280, D., 51. 2. 20.

(2) Cf. les notes précédentes.

thèse, la mère n'a précisément pas la volonté que cette constatation soit faite, et ce n'est pas celle des déclarants qu'il y a lieu de considérer. Inutilement aussi fait-on valoir l'avantage de cette énonciation, qui, si elle n'établit pas la filiation de l'enfant, ni par elle-même, ni peut-être même corroborée par d'autres éléments, peut tout au moins le mettre sur les traces de sa mère. Rien ne montre que la loi, tenant compte de cet avantage, ait fait exception à la règle de l'art. 35. Et du reste, quoique simplement facultative, cette énonciation pourrait inspirer à la mère les mêmes craintes que si elle était obligatoire, puisqu'il dépendrait des comparants que l'acte de naissance la contînt (1).

Malgré des raisons aussi décisives, la pratique administrative est contraire et la jurisprudence incertaine. Cette dernière tend néanmoins à décider que le nom de la mère doit être obligatoirement déclaré et énoncé. Et il faut avouer que cette opinion est bien plus forte en droit et plus logique que celle de la généralité de la doctrine, d'après laquelle cette énonciation n'est que facultative. Aussi n'est-ce pas sans reconnaître l'infériorité juridique de cette dernière que M. Demolombe s'y est rallié en considération de ses avantages pratiques, dans sa deuxième édition, après avoir vainement essayé tout d'abord de faire prévaloir le système que nous avons défendu et qu'il n'a abandonné qu'à regret.

**898.** *Des actes de naissance dressés dans des circonstances spéciales.* — Des règles particulières ont été posées relativement à deux cas.

PREMIER CAS : le nouveau-né est un enfant trouvé. « *Toute » personne,* dit l'art. 58, *qui aura trouvé un enfant nouveau-» né, sera tenue de le remettre à l'officier de l'état civil, ainsi » que les vêtements et autres effets trouvés avec l'enfant, et » de déclarer toutes les circonstances du temps et du lieu où il » aura été trouvé. — Il en sera dressé un procès-verbal détaillé, » qui énoncera en outre l'âge apparent de l'enfant, son sexe,*

(1) Laurent, II, n. 58; Duranton, I, n. 307, et les autorités citées à la note 1 de la p. 101. — *Contra :* Demolombe, I, n. 297; Demante, I, n. 109 *bis,* II; Huc, I, n. 338; Planiol, I, 494; Surville, I, n. 103; Mersier, n. 79. — Cpr. Aubry et Rau, *loc. cit.*

» *les noms qui lui seront donnés* (1), *l'autorité civile à laquelle* » *il sera remis. Ce procès-verbal sera inscrit sur les regis-* » *tres.* » C'est ce procès-verbal qui tient lieu d'acte de naissance. L'obligation imposée par l'art. 58 aux personnes qui ont trouvé l'enfant est sanctionnée par l'art. 347 C. pén. (2).

**899.** DEUXIÈME CAS : la naissance s'est produite pendant un voyage en mer.

Les dispositions que le Code contenait sur ce point, ainsi qu'au sujet des décès survenus dans les mêmes circonstances (art. 59-61, 86 et 87), ont été modifiées par une loi récente, en date du 8 juin 1893. Certains faits qui s'étaient produits depuis qu'elles avaient été édictées, la transformation de la marine, la fréquence et la rapidité des voyages, l'accroissement du nombre des voyageurs, avaient rendu cette modification indispensable. D'après le code civil, en effet, la compétence des officiers du navire était exceptionnelle : restreinte au cas où le bâtiment faisait route, elle cessait dès que celui-ci se trouvait en rivière, ou dans un port français de relâche ou d'escale, ou même dans un port étranger, et les officiers de l'état civil du lieu et les agents diplomatiques ou consulaires de la France redevenaient alors seuls compétents. Or la constatation des faits de l'état civil pouvait, en ces cas, ou bien occasionner une perte de temps si le navire, se trouvant en rivière, devait s'arrêter pour qu'on pût aller faire une déclaration au maire de la commune la plus proche, ou bien devenir même impossible ou du moins très difficile, soit parce que, arrêté devant un port, les communications du navire avec la terre étaient suspendues, soit parce que force était de s'adresser aux autorités étrangères, par suite de l'absence, dans la localité, d'agent diplomatique ou consulaire français. C'est donc dans le but de faciliter la rédaction des actes que le législateur de 1893 a étendu la compétence des officiers du bord : il l'a prolongée pendant toute la traversée, et même pendant les arrêts du navire, soit lorsqu'il

(1) Cf. *supra*, n. 294 *bis*-XI.

(2) Sur les enfants trouvés, cf. la loi du 27 juin 1904, art. 2-3°, 6-1°, 8 s.

y a impossibilité de communiquer avec la terre (1), soit lorsque, ces communications étant assurées, l'escale ou la relâche a lieu dans un port étranger où la France n'a pas de représentant. Telle a été, pour les faits de l'état civil survenus dans ces conditions, la principale, sinon la seule innovation de la loi précitée. Ses dispositions au sujet des naissances se suffisent presque à elles-mêmes.

**900.** Aux termes du N. art. 59 : « *En cas de naissance pendant un voyage maritime, il en sera dressé acte dans les trois jours de l'accouchement, en présence du père s'il est à bord, et de deux témoins pris parmi les officiers du bâtiment, ou, à leur défaut, parmi les hommes de l'équipage. — Si la naissance a lieu pendant un arrêt dans un port, l'acte sera dressé dans les mêmes conditions, lorqu'il y aura impossibilité de communiquer avec la terre ou lorsqu'il n'existera pas dans le port, si l'on est à l'étranger, d'agent diplomatique ou consulaire français investi des fonctions d'officier de l'état civil. — Cet acte sera rédigé, savoir : sur les bâtiments de l'Etat, par l'officier du commissariat de la marine, ou, à son défaut, par le commandant ou celui qui en remplit les fonctions; et sur les autres bâtiments, par le capitaine, maître ou patron, ou celui qui en remplit les fonctions. — Il y sera fait mention de celle des circonstances ci-dessus prévues dans laquelle l'acte a été dressé. — L'acte sera inscrit à la suite du rôle d'équipage.* »

On observera sur ce texte : 1° que les termes « voyage maritime » ont été substitués à ceux de « voyage de mer » de l'ancien art. 59, dans le but de faire durer la compétence des officiers du bord pendant toute la traversée du navire et même durant le temps où il est en rivière (2); — 2° qu'on a employé, à la place du terme « relâche » de l'art. 60 C. civ., l'expression plus compréhensive d' « arrêt dans un port », qui n'implique pas comme l'autre que le stationnement soit invo-

(1) Les circulaires ministérielles reconnaissaient déjà en pareil cas la compétence de ces officiers à raison de la force majeure.

(2) Rapport de M. Darlan à la Chambre des députés, *J. off.*, 1892, Ch. des dép., *Doc. parl.*, p. 1541.

lontaire (1); — 3° que le délai de vingt-quatre heures imparti par le code a été étendu à trois jours, conformément à la règle générale de l'art. 55, à laquelle il n'y avait pas de bonne raison de déroger; — 4° qu'enfin l'acte doit être dressé sur le rôle d'équipage, que le navire appartienne à la marine marchande ou à la flotte nationale, tandis que d'après le projet du gouvernement il devait l'être en ce dernier cas sur un registre spécial (2).

**901.** Les articles suivants ont pour but d'assurer la conservation de l'acte et sa transcription sur les registres ordinaires : « *Au premier port où le bâtiment abordera pour toute* » *autre cause que celle de son désarmement, l'officier instru-* » *mentaire sera tenu de déposer deux expéditions de chacun* » *des actes de naissance dressés à bord. — Ce dépôt sera fait,* » *savoir : si le port est français, au bureau des armements* » *par les bâtiments de l'Etat, et au bureau de l'inscription* » *maritime par les autres bâtiments; si le port est étranger,* » *entre les mains du consul de France. Au cas où il ne se* » *trouverait pas dans ce port de bureau des armements, de* » *bureau de l'inscription maritime ou de consul, le dépôt* » *serait ajourné au plus prochain port d'escale ou de relâ-* » *che. — L'une des expéditions déposées sera adressée au* » *ministre de la marine, qui la transmettra à l'officier de l'état* » *civil du dernier domicile du père de l'enfant, ou de la* » *mère si le père est inconnu, afin qu'elle soit transcrite sur* » *les registres; si le dernier domicile ne peut être retrouvé* » *ou s'il est hors de France, la transcription sera faite à* » *Paris* (3). — *L'autre expédition restera déposée aux archives* » *du consulat ou du bureau de l'inscription maritime. —* » *Mention des envois et dépôts effectués conformément aux* » *prescriptions du présent article sera portée en marge des* » *actes originaux par les commissaires de l'inscription mari-*

(1) Cf. Wilhem et Trayer, *Des actes de l'état civil, test. et proc., reçus en mer, aux armées et aux colonies.* Paris, 1893, n. 63 et 64.

(2) Rapport précité, p. 1541.

(3) Ainsi est consacré législativement l'usage qui s'était établi, avant la loi de 1893, de transcrire à la mairie du 1er arrondissement de Paris les actes concernant les personnes étrangères ou dont le domicile était inconnu.

» *time ou par les consuls* » (N. art. 60). — « *A l'arrivée du* » *bâtiment dans le port de désarmement, l'officier instrumen-* » *taire sera tenu de déposer, en même temps que le rôle d'équi-* » *page, une expédition de chacun des actes de naissance dres-* » *sés à bord dont copie n'aurait point été déjà déposée confor-* » *mément aux prescriptions de l'article précédent. — Ce dépôt* » *sera fait, pour les bâtiments de l'État, au bureau des arme-* » *ments, et, pour les autres bâtiments, au bureau de l'inscrip-* » *tion maritime. — L'expédition ainsi déposée sera adressée* » *au ministre de la marine, qui la transmettra comme il est* » *dit à l'article précédent* » (N. art. 61).

## CHAPITRE III (1)

### DES ACTES DE DÉCÈS

### § I. *Règles générales.*

**902.** Les prescriptions légales afférentes aux actes de cette nature sont relatives, les unes à l'inhumation ou à l'incinération de la personne décédée, et les autres à l'acte même de décès.

I. *De l'inhumation ou de l'incinération.* — Les inhumations ou les incinérations ne doivent pas être trop retardées, dans l'intérêt de la salubrité publique. Mais elles ne doivent pas non plus être précipitées, soit parce qu'elles peuvent permettre de faire disparaître les traces d'un crime, soit parce qu'elles exposent à ensevelir vivante une personne qui ne présente que les apparences de la mort.

Le code n'avait prescrit aucune mesure pour parer aux inconvénients des inhumations tardives et s'en était rapporté à cet égard aux parents et amis du défunt, qui seraient les premiers à souffrir de toute façon d'un trop long retard. Mais ses lacunes ont été comblées sur ce point par le décret du 27 avril 1889, dont l'art. 1er est ainsi conçu : « *L'officier de* » *l'état civil peut, s'il y a urgence, notamment en cas de*

(1) Conformément à un usage constant, c'est au titre *Du mariage* que seront exposées les règles relatives aux actes de mariage (art. 63-76).

» *décès survenu à la suite d'une maladie contagieuse ou épi-*
» *démique, ou en cas de décomposition rapide, prescrire, sur*
» *l'avis du médecin commis par lui, la mise en bière immé-*
» *diate après la constatation officielle du décès, sans préju-*
» *dice du droit d'ordonner la sépulture avant l'expiration du*
» *délai fixé par l'art. 77 du Code civil.* »

**903.** Le code civil avait déjà obvié, au contraire, au danger des inhumations précipitées : « *Aucune inhumation,* dit l'art. » 77, *ne sera faite sans une autorisation, sur papier libre et* » *sans frais, de l'officier de l'état civil, qui ne pourra la déli-*» *vrer qu'après s'être transporté auprès de la personne décé-*» *dée, pour s'assurer du décès, et que vingt-quatre heures après* » *le décès, hors les cas prévus par les règlements de police.* »

De cette disposition, applicable aux enfants morts-nés eux-mêmes (1), mais non aux simples fœtus (2), et sanctionnée par les peines de l'art. 358 et aussi de l'art. 345 du code pénal, il ressort qu'une inhumation proprement dite ne peut avoir lieu qu'à deux conditions :

1° Il faut qu'il se soit écoulé vingt-quatre heures au moins depuis le décès, sauf dans les cas prévus par les règlements de police ;

(1) Huc, I, n. 347; Fuzier-Herman, art. 77, n. 1. — Paris, 15 fév. 1865, S., 66. 2. 95, D., 65. 2. 138.

(2) Mersier, n. 106. — Quant à la question de savoir dans quel cas le produit de l'accouchement ou de l'avortement doit être considéré comme un simple fœtus ou au contraire comme un enfant mort-né, elle est diversement résolue par les auteurs et par les arrêts. Dans le système le plus rigoureux, ce produit doit être nécessairement présenté à l'officier municipal, pourvu que ce soit un être organisé appartenant à l'espèce humaine, et que son sexe soit reconnaissable. Metz, 24 août 1854, S., 54. 2. 663, P., 56. II. 192, rapp. de M. Grand, D., 54. 5. 431. — Paris, 15 fév. 1865, précité. — Dijon, 16 déc. 1868, S., 69. 2. 165, concl. de M. Bernard, D., 69. 2. 35. — Dans une autre opinion, plus libérale, l'enfant ne doit être présenté à l'officier de l'état civil que tout autant qu'il réunissait, quoiqu'il n'ait pas vécu, les conditions organiques indispensables à l'existence ; s'il en était privé, au contraire, il ne constituait qu'un « produit innommé » et non un « enfant » ; et ce n'est pas en vue de cet être, dans lequel pouvaient ne pas se rencontrer les signes distinctifs de la forme humaine, que le décret du 4 juillet 1806 a prescrit la présentation de tout enfant nouveau-né à l'officier de l'état civil. Morin, *Rép. de dr. crim.*, v° *Accouchement,* n. 2; Chauveau et Faustin-Hélie, *Théor. du Code pén.* (éd. Villey), IV, n. 1712 et 1713. — Crim. rej., 7 août 1874, S., 75. 1. 41, note de M. Villey, D., 75. 1. 5, note de M. Giboulot. — Douai, 10 avril 1881, S., 82. 2. 36. — Cpr. Trib. Toulouse, 2 déc. 1896, D., 97. 2. 268.

2° Il faut qu'une autorisation de procéder à l'inhumation ait été délivrée par l'officier de l'état civil (1).

Cette autorisation, qui doit être donnée sur papier libre et sans frais, ne peut être délivrée qu'après que l'officier municipal s'est transporté au domicile de la personne décédée et a constaté le décès par lui-même. Dans la pratique, il se décharge ordinairement de ce soin sur un médecin, quelquefois même, à la campagne, sur une sage-femme. Cette manière de procéder, recommandée par l'administration même (2), et que la nécessité impose dans les grandes villes, n'est pourtant pas conforme au vœu de la loi, et, quoi qu'on en dise, la constatation d'un décès par un médecin offre beaucoup moins de garanties que si elle était faite par un officier de l'état civil. Non, bien entendu, que celui-ci soit, au point de vue scientifique, plus compétent pour y procéder : mais, la fausse constatation d'un décès qu'il ferait sciemment l'exposant aux peines du faux en écritures publiques, son affirmation doit inspirer une confiance plus grande que celle d'un simple médecin, qui peut se faire le complice d'une fraude et trahir la vérité sans s'exposer à des peines aussi sévères.

Quant aux officiers de l'état civil qui ne se donnent la peine, ni de contrôler, ni de faire contrôler la déclaration de décès, ils ne sauraient plus complètement méconnaître leurs devoirs les plus stricts.

**904.** Le permis d'inhumer peut, au reste, être accordé avant l'expiration du délai de vingt-quatre heures, mais à la condition qu'il indique alors l'heure à laquelle l'inhumation pourra avoir lieu (3). Cette manière de procéder n'offre guère d'inconvénients, quoiqu'il soit douteux qu'elle soit rigoureusement conforme au texte de l'art. 77. Il n'est pas du tout sûr en effet, comme on le répète, que le membre de phrase « et que 24 heures après le décès » ne se rapporte qu'à la disposition du début de l'article, « aucune inhumation ne pourra

(1) Cf. décret du 4 thermidor an XIII.

(2) Arrêté du 31 déc. 1821 et circ. min. du 24 déc. 1866, D., 67. 3. 48, et Béquet, n. 861.

(3) Demolombe, I, n. 302 ; Demante, I, n. 114, p. 197, note 3.

être faite », et ne doive pas s'entendre aussi de l'heure à laquelle le permis peut être délivré.

**905.** Quant à l'autre mode de sépulture, la crémation, on ne peut pas non plus y procéder sans une autorisation de l'officier de l'état civil du lieu du décès, en quelque endroit qu'elle s'opère. Cette autorisation ne peut être donnée que sur la demande écrite de la personne ayant qualité pour régler les funérailles, et sur le vu de certaines pièces énumérées par l'art. 17 du décret du 27 avril 1889, parmi lesquelles figurent un certificat du médecin qui a soigné le défunt, attestant que la mort est le résultat d'une cause naturelle, et un rapport de médecin assermenté, commis par l'officier de l'état civil, confirmant cette déclaration. Ces exigences particulières ont pour but d'empêcher que l'incinération du cadavre ne serve à faire disparaître à tout jamais les traces du crime dont le défunt aurait pu être victime (1).

**906.** Les formalités qui viennent d'être analysées sont les seules auxquelles soit soumise une sépulture, quels que soient le mode selon lequel on y procède et le caractère, civil ou religieux, des funérailles. Il ne dépend pas de l'autorité municipale de les assujettir, par voie d'arrêté, en raison de ce dernier caractère, à des prescriptions particulières. Ce principe a été proclamé par l'art. 2 de la loi du 15 novembre 1887 sur la liberté des funérailles, pour placer ainsi la liberté de conscience à l'abri des entreprises des opinions sectaires (2).

Cette même loi autorise, par son art. 3, toute personne, majeure ou mineure émancipée, en état de tester, à régler les conditions de ses funérailles, notamment en ce qui concerne le caractère, civil ou religieux, à leur donner, et le mode de sa sépulture en exprimant à cet effet sa volonté dans un testament ou dans une déclaration faite en forme testamentaire, soit par devant notaire, soit sous signature privée. Cette volonté « a la même force qu'une disposition testamentaire relative aux biens, et est soumise aux mêmes règles quant aux conditions de la révocation ».

(1) Huc, I, n. 349.
(2) Huc, I, n. 348.

**907.** II. *De l'acte de décès.* — Régulièrement cet acte doit être dressé avant l'inhumation. Après celle-ci, il ne pourrait plus l'être qu'en vertu d'un jugement (arg. Avis du Conseil d'Etat du 12 brumaire an XI) (1).

Dans la pratique, l'officier de l'état civil ne délivre ordinairement le permis d'inhumer qu'après avoir dressé l'acte de décès : il faut donc que la déclaration de décès soit faite préalablement à l'obtention du permis. Si l'officier le délivrait, en effet, avant d'avoir été mis en situation de rédiger l'acte de décès, il s'exposerait à ne pouvoir le faire avant l'inhumation, parce que, ce permis une fois obtenu, on ne se préoccuperait parfois plus de la déclaration elle-même. Et cette éventualité serait d'autant plus à craindre que la tardiveté ou même l'absence de déclaration ne sont punies par aucune disposition légale. Le refus provisoire du permis d'inhumer est donc le seul moyen efficace de forcer les intéressés à se mettre en règle.

Ce mode de procéder, très sage et très correct, est prescrit par une circulaire ministérielle du 18 janvier 1882. Mais, une circulaire n'ayant pas la force obligatoire de la loi, l'officier de l'état civil qui contreviendrait à celle-ci n'encourrait aucune responsabilité ni pénale, ni même simplement civile (2). Il semble donc avoir été jugé à bon droit que l'officier qui, ayant délivré le permis d'inhumer avant de dresser l'acte de décès, s'est trouvé dans l'impossibilité de le faire avant l'inhumation, faute de déclaration en temps utile, n'est pas tenu de supporter les frais du jugement rendu pour réparer l'omission de l'acte sur les registres (3).

**908.** L'acte de décès a pour but de constater le fait de la mort d'une personne déterminée.

Quant au décès, l'officier de l'état civil du lieu où il s'est produit, qui est seul compétent, doit le vérifier par lui-même,

(1) Cf. circ. min. du 28 mai 1822. — Aubry et Rau, I, § 61, p. 310, n. 2 *bis;* Demolombe, I, n. 303; Huc, I, n. 351; Planiol, I, n. 500; Hutteau d'Origny, tit. VIII, chap. I, § 1, n. 2; Mersier, n. 333; Sauvan, p. 410, note 5; Béquet, n. 828; Mongelous, *Manuel des actes de l'état civil,* n. 195. — *Contra :* Trib. Louvain, 11 mars 1889, et Trib. Termonde, 25 juill. 1891, S., 92. 4. 32. — Cpr. Rieff, n. 262.

(2) Demante, I, n. 114 *bis;* Huc, I, n. 350.

(3) Limoges, 15 mai 1889, D , 90. 2. 307, et note.

comme on l'a déjà vu. Mais, de ce qu'il aurait omis de le faire, il ne résulterait pas nécessairement, par application de règles déjà connues, que l'acte fût destitué de toute force probante (1).

Pour ce qui est de l'individualité du défunt, les renseignements qui y sont relatifs sont fournis à l'officier de l'état civil par les comparants. « *L'acte de décès*, dit l'art. 78, qui rappelle sur ce point les dispositions analogues de l'ordonnance de 1667 (tit. XX, art. 10) et de la déclaration de 1736 » (art. 10) (2), *sera dressé par l'officier de l'état civil, sur la* » *déclaration de deux témoins. Ces témoins seront, s'il est pos-* » *sible, les deux plus proches parents ou voisins, ou, lorsqu'une* » *personne sera décédée hors de son domicile, la personne chez* » *laquelle elle sera décédée, et un parent ou autre.* »

**909**. On remarquera que cette déclaration émane de personnes qui jouent le double rôle de comparants et de témoins. On doit en conclure que, sous le régime du Code civil, elles devraient être du sexe masculin, et qu'encore aujourd'hui, après la loi de 1897, elles doivent être âgées de vingt et un ans. Certains auteurs écartent pourtant l'application de l'art. 37, sur cette observation que l'art. 79 qualifie de déclarants ceux que l'art. 78 appelle témoins et montre par là que cette dernière qualification « doit s'entendre de témoins du fait du décès, et non de témoins instrumentaires appelés *solemnitatis causa* à la rédaction de l'acte destiné à la constatation de ce fait ». Mais cette explication nous paraît dénuée de fondement. D'une part, si elle était vraie, il y aurait donc un acte de l'état civil qui serait reçu sans témoins, ce qui est inadmissible. D'autre part, elle prête au mot « témoins » un sens qu'on peut d'autant moins lui reconnaître ici que la loi n'exige nulle part que les déclarants aient été « témoins du fait du décès ». Que si enfin l'art. 79 qualifie ces témoins de déclarants, c'est qu'effectivement ils cumulent les deux qualités (3).

(1) Aubry et Rau, I, § 61, p. 310.

(2) Cf. Thibeaud, p. 163 et 164.

(3) Demolombe, I, n. 303; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 142; Huc, I, n. 350 et 351; Beudant, I, n. 105; Fuzier-Herman, art. 78. — *Contra :* Aubry et Rau, I, § 61, p. 309, n. 2; Rieff, n. 267. — Cpr. Demante, I, n. 115; Planiol, I, n. 499.

**910.** La déclaration de décès peut être faite à un moment quelconque, pourvu qu'elle précède la sépulture. C'est très gratuitement qu'on a avancé (1) qu'elle devait régulièrement être faite dans les vingt-quatre heures du décès. Mais il est permis de regretter qu'il n'en soit pas ainsi : car, en cas de discussion sur le moment précis auquel la mort s'est produite, le témoignage de la personne chargée de vérifier le décès aurait eu d'autant plus de poids que sa visite l'aurait suivi de plus près. Aussi les lois des 20 septembre et 19 décembre 1792 avaient-elles fixé pour la déclaration, un délai de vingt-quatre heures la première (tit. V, art. 1er), et la seconde un délai de trois jours (sect. I, art. 1er), et cette dernière avait même donné à sa prescription une sanction pénale, qui n'existe plus en aucun cas aujourd'hui (2).

**911.** Quel doit être le contenu de la déclaration? L'art. 79 répond à cette question, en disant ce que doit contenir l'acte de décès. Car, ici encore, il nous paraît que les comparants doivent donner à l'officier de l'état civil les moyens de dresser un acte complet et qu'il ne leur suffirait pas de déclarer purement et simplement le décès, pas plus que de déclarer purement et simplement une naissance. A leur refus de compléter leur déclaration l'officier pourrait répliquer, s'il ne se justifiait pas par leur ignorance, par le refus de dresser l'acte et de délivrer le permis d'inhumer.

**912.** Quelles sont donc les énonciations que doit contenir l'acte de décès? Les anciennes ordonnances s'étaient montrées très sobres de prescriptions à cet égard. Celle de Villers-Cotterets se bornait à exiger qu'on mentionnât le temps de la mort. Cette date ne figurait pourtant encore que rarement dans les actes, lorsque l'Ordonnance de 1667 (tit. XX, art. 9) formula la même exigence, à laquelle la Déclaration de 1736 (art. 10) vint ajouter l'indication des noms, prénoms et qualités du défunt. Ces mentions, dont, pendant toute la durée de l'ancien régime, plusieurs furent omises, malgré des injonctions répétées, surtout lorsqu'il s'agissait d'enfants en bas

(1) Demolombe, I, n. 302.
(2) Demante, I, n. 114 *bis*; Planiol, I, n. 500; Beudant, I, n. 118.

âge (1), ne sont plus les seules que requière l'art. 79 C. civ. : « *L'acte de décès contiendra les prénoms, nom, âge, profes-* » *sion et domicile de la personne décédée; les prénoms et nom* » *de l'autre époux, si la personne décédée était mariée ou* » *veuve; les prénoms, noms, âges, professions et domiciles des* » *déclarants; et, s'ils sont parents, leur degré de parenté.* — » *Le même acte contiendra de plus, autant qu'on pourra le* » *savoir, les prénoms, noms, profession et domicile des père* » *et mère du décédé, et le lieu de sa naissance.* » Toutes ces indications supposent qu'il n'existe aucun doute sur l'identité du défunt. Si elle n'était pas établie, il faudrait alors indiquer dans l'acte tous les signes de nature à contribuer à ce qu'elle le fût par la suite (2).

**913.** Parmi les énonciations prescrites par cette disposition, il est remarquable que l'indication du jour et de l'heure du décès ne figure pas, alors qu'elle était déjà exigée par l'Ord. d'avril 1667 (tit. XX, art. 9). Ce point est pourtant de la plus extrême importance, car c'est au moment même du décès que s'ouvre la succession de la personne décédée (art. 718) et qu'elle devient incapable d'acquérir (art. 725). Mais l'officier de l'état civil n'aurait pu le préciser que d'après les indications fournies par les comparants. Or il y avait quelques raisons de se défier de leur sincérité, car ils sont peut-être de ceux qui ont des prétentions à la succession du défunt, et peuvent, à ce titre, avoir intérêt à trahir la vérité; et, en dehors même de cette hypothèse, ils sont susceptibles de se rendre complices d'une fraude. Dans ces conditions, on comprend à merveille que la loi ait préféré le silence de l'acte à une indication suspecte, dont les auteurs mêmes auraient pu venir plus tard se prévaloir. La question de savoir à quel moment le décès s'est produit arrivera de la sorte, si jamais elle s'élève, vierge de tout préjugé devant le juge chargé de de la résoudre, tandis que, si la loi avait exigé l'indication du jour et de l'heure du décès, l'acte aurait fait foi sur ce point, sinon jusqu'à inscription de faux, comme on l'a prétendu tout

(1) Brillon, *Dict. des arrêts*, v° *Registres des Curez*, V, p. 730; Guyot, *Rép.*, v° *Registre*. — Cf. Thibeaud, p. 161 s.

(2) Mersier, n. 343, et formule 75.

à fait à tort, du moins jusqu'à preuve contraire. C'est ce que le législateur n'a pas voulu. Aussi, selon nous, cette mention n'est-elle pas requise (1).

Beaucoup d'auteurs estiment cependant que le silence de la loi n'est pas intentionnel et que l'acte doit contenir cette indication (2). « Cela ressort implicitement, disent MM. Aubry et Rau, de l'art. 77, qui ne permet à l'officier de l'état civil de délivrer l'autorisation d'inhumation que vingt-quatre heures après le décès. Cette disposition suppose que le moment précis de la mort doit être déclaré à l'officier de l'état civil et constaté par ce dernier, ne fût-ce que pour sa propre justification. » Mais cet argument nous paraît exagérer la portée de cette prescription : de ce que l'officier de l'état civil doive être renseigné sur le jour et l'heure du décès, pour pouvoir délivrer le permis en connaissance de cause, il ne s'ensuit nullement, en effet, que l'indication qui lui est fournie doive figurer dans l'acte qu'il dresse. Car elle ne servirait pas seulement alors, comme on le dit, à sa justification : elle ferait encore foi de son objet jusqu'à preuve contraire. Prétend-on que ce soit là précisément ce que les rédacteurs du code civil aient voulu? Mais comment serait-il permis de le soutenir, alors qu'on leur imputerait par là même d'avoir oublié dans l'art. 79 l'énonciation de toutes la plus importante? S'ils ne l'ont pas formellement exigée, contrairement à ce qu'ils ont fait pour la mention du jour et de l'heure de la naissance, il semble bien plutôt que ce soit parce que, pour les motifs que l'on sait, il n'était pas dans leur intention de la requérir.

D'après une autre opinion (3), l'énonciation du jour et de l'heure du décès ne serait pas obligatoire; mais elle pourrait du moins être faite. Cette assertion peut être aisément réfutée. Effectivement il ne peut rien être reçu dans les actes de

(1) Demolombe, I, n. 304; Laurent, II, n. 62; Huc, I, n. 362. — Cpr. Duranton, I, n. 323; Valette sur Proudhon, I, p. 229, note *b;* Delvincourt, I, p. 39, note 2.

(2) Aubry et Rau, I, § 61, p. 310, n. 3; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 143; Richelot, I, n. 181; Hutteau d'Origny, tit. VIII, ch. I, § 2, n. 2; Béquet, n. 829. — Cpr. Planiol, I, n. 503 et 520; Surville, I, n. 106; Coin-Delisle, art. 79, n. 10; Rieff, n. 266; Fuzier-Herman, art. 77, n. 2.

(3) Demante, I, n. 116 *bis*, I et II. — Cpr. Marcadé, I, art. 79, n. 268; Mersier, n. 334.

l'état civil que ce qui doit être déclaré par les comparants (art. 35). Or, cette opinion en convient, les circonstances dont il s'agit ne doivent pas faire l'objet d'une déclaration. Donc elles ne doivent pas être mentionnées, si affirmatifs que soient les déclarants et quelque spontanée que soit leur déclaration.

**914.** En fait, les formules délivrées par l'administration contiennent la mention du jour et de l'heure du décès, et presque tous les officiers de l'état civil se conforment à ces modèles, en sorte que ces indications se retrouvent presque toujours dans les actes. Par une déduction logique du système que nous avons adopté, ces indications doivent être, selon nous, considérées comme sans valeur et sont destituées de toute force probante. C'est la règle, en effet, pour toutes les énonciations qui ne devaient pas être faites par l'officier de l'état civil (1). De la part des auteurs qui professent une opinion contraire à la nôtre, il est non moins logique de décider que ces indications font foi jusqu'à preuve contraire. Et toutefois il s'en trouve, parmi ceux qui considèrent l'énonciation comme seulement facultative, qui pensent qu'elle ne constituera pas, à proprement parler, une preuve légale, et que les juges pourront seulement y avoir tel égard que de raison (2).

**915.** Les circonstances qui ont accompagné la mort, ne présentant aucun intérêt eu égard au but en vue duquel l'acte de décès est dressé, ne doivent pas être mentionnées, surtout quand elles sont déshonorantes pour le défunt. Aussi l'art. 85 dit-il : « *Dans tous les cas de mort violente, ou dans* » *les prisons et maisons de réclusion, ou d'exécution à mort, il* » *ne sera fait sur les registres aucune mention de ces circons-* » *tances, et les actes de décès seront simplement rédigés dans* » *les formes prescrites par l'art. 79* » (3).

## § II. *Des décès qui se produisent dans des circonstances particulières.*

**916.** Des règles spéciales ont été posées pour diverses hypothèses.

(1) Cf. les autorités citées à la note 1 de la page 115.
(2) Demante, I, n. 116 *bis*, II; Mersier, n. 334.
(3) Cf. Circ. min. du 24 brumaire an XII, et Fuzier-Herman, art. 85, n. 1 et 2.

I. *Décès dans les hôpitaux civils, militaires ou autres établissements publics.* — Déjà, dans l'ancien droit, l'ordonnance de Villers-Cotterets avait prescrit la tenue de registres particuliers dans les chapitres, couvents, communautés séculières ou régulières et hôpitaux, et ces prescriptions avaient été renouvelées et complétées par l'ordonnance de 1667 (tit. XX, art. 13) et la Déclaration de 1736 (art. 15) (1). Elles ont leur équivalent dans la législation actuelle. « *En cas de décès* » *dans les hôpitaux ou les formations sanitaires, les hôpitaux* » *maritimes, coloniaux, civils ou autres établissements publics,* » *soit en France, soit dans les colonies ou les pays de protec-* » *torat, les directeurs, administrateurs ou maîtres de ces hôpi-* » *taux ou établissements devront en donner avis, dans les* » *vingt-quatre heures, à l'officier de l'état civil ou à celui qui* » *en remplit les fonctions. — Celui-ci s'y transportera pour* » *s'assurer du décès et en dressera l'acte conformément à l'ar-* » *ticle précédent, sur les déclarations qui lui auront été faites* » *et sur les renseignements qu'il aura pris. — Il sera tenu,* » *dans lesdits hôpitaux, formations sanitaires et établisse-* » *ments, un registre sur lequel seront inscrits ces déclarations* » *et renseignements. — L'officier de l'état civil qui aura* » *dressé l'acte de décès enverra, dans le plus bref délai, à* » *l'officier de l'état civil du dernier domicile du défunt une* » *expédition de cet acte, laquelle sera immédiatement trans-* » *crite sur les registres.* » Telle est la rédaction actuelle de l'art. 80, telle qu'elle résulte de la loi du 8 juin 1893, qui en a rendu les dispositions applicables aux hôpitaux établis, non seulement dans la France continentale, mais encore dans les colonies et pays de protectorat, et aux formations sanitaires, hôpitaux maritimes et coloniaux.

Cet article est applicable aux décès survenus dans les hôpitaux ou autres établissements publics, tels que collèges, écoles, séminaires, mais non aux établissements privés où sont rassemblées un certain nombre de personnes, tels que maisons de santé et pensions de toute espèce (2).

(1) Thibeaud, p. 81.

(2) Mersier, n. 335 ; Béquet, n. 129 et 832. — *Contra :* Demante, I, n. 117 *bis*, III.

**917.** Les registres spéciaux qui doivent, aux termes de l'al. 3 de l'article, exister dans les hôpitaux et autres établissements publics, et sur lesquels doivent être inscrits les déclarations et renseignements qui ont servi à dresser l'acte de décès, n'ont pas la même autorité que les registres de l'état civil, car ceux qui sont chargés de leur tenue ne sont pas des officiers publics. Ils ne jouissent pas de l'authenticité et ne peuvent être produits en justice qu'à titre de simples renseignements (1).

Il faut excepter cependant les registres des lazarets. La loi du 3 mars 1822 (art. 19) investit les autorités sanitaires, auxquelles elle en confie la tenue, des fonctions d'officiers de l'état civil, et les charge de dresser, en présence de deux témoins, « les actes de naissance et de décès », dont une expédition doit être envoyée, dans les vingt-quatre heures, à l'officier de l'état civil du lieu où est situé l'établissement, pour qu'il transcrive l'acte sur ses registres.

**918.** II. *Cas où il y a des signes ou indices de mort violente.* — « *Lorsqu'il y aura des signes ou indices de mort violente, ou d'autres circonstances qui donneront lieu de le soupçonner, on ne pourra faire l'inhumation qu'après qu'un officier de police, assisté d'un docteur en médecine ou en chirurgie, aura dressé procès-verbal de l'état du cadavre, et des circonstances y relatives, ainsi que des renseignements qu'il aura pu recueillir sur les prénoms, nom, âge, profession, lieu de naissance et domicile de la personne décédée* » (art. 81) (2). — « *L'officier de police sera tenu de transmettre de suite à l'officier de l'état civil du lieu où la personne sera décédée, tous les renseignements énoncés dans son procès-verbal, d'après lesquels l'acte de décès sera rédigé. — L'officier de l'état civil en enverra une expédition à celui du domicile de la personne décédée, s'il est connu : cette expédition sera inscrite sur les registres.* » (Art. 82) (Cf. art. 44 C. I. cr., art. 358 et 359 C. pén., et décret du 3 janvier 1813, art. 18).

(1) Demolombe, I, n. 306; Demante, I, n. 117 *bis*, II; Fuzier-Herman, art. 80, n. 3. — Circ. min. du 31 oct. 1808, citée par Hutteau d'Origny, tit. VIII, ch. II, § 1, n. 1.

(2) Cpr. Déclar. de 1736, art. 12 et 13.

Les seuls renseignements qui doivent être transmis à l'officier de l'état civil sont ceux qui sont relatifs à l'individualité du défunt : il n'y a pas à lui faire parvenir ceux qui ont trait aux circonstances qui ont accompagné la mort, puisque ces circonstances ne doivent pas être mentionnées dans l'acte de décès (1). En effet, d'après l'art. 85, « *dans tous les cas de mort* » *violente ou dans les prisons et maisons de réclusion, ou d'exé-* » *cution à mort, il ne sera fait sur les registres aucune mention* » *de ces circonstances et les actes de décès seront simplement* » *rédigés dans les formes prescrites par l'art. 79* ».

**919.** III. *Cas d'exécution capitale.* — « *Les greffiers crimi-* » *nels seront tenus d'envoyer, dans les vingt-quatre heures de* » *l'exécution des jugements portant peine de mort, à l'officier* » *de l'état civil du lieu où le condamné aura été exécuté, tous* » *les renseignements énoncés en l'art. 79, d'après lesquels* » *l'acte de décès sera rédigé.* » (Art. 83) (Cf. art. 378 C. I. cr.).

**920.** IV. *Décès dans les prisons ou maisons de réclusion et de détention.* — « *En cas de décès dans les prisons ou mai-* » *sons de réclusion ou de détention, il en sera donné avis sur* » *le champ, par les concierges ou gardiens, à l'officier de l'état* » *civil, qui s'y transportera comme il est dit en l'art. 80, et* » *rédigera l'acte de décès.* » (Art. 84.)

**921.** Au surplus, dans les quatre précédentes hypothèses, l'acte de décès doit être dressé, quoique la loi ne le dise pas expressément, en présence de deux témoins : tel est le droit commun, auquel semble renvoyer l'art. 85 lui-même. Cette présence, bien que ce soit alors par un fonctionnaire que la déclaration soit faite, n'en conserve pas moins son utilité, en tant qu'elle a pour objet d'assurer l'accomplissement régulier des fonctions de l'officier de l'état civil (2).

Il est douteux, au contraire, que l'envoi d'une expédition de l'acte de décès à l'officier de l'état civil du domicile de la personne décédée, prescrit par les art. 80 et 82, doive être effectué dans les deux cas prévus par les art. 83 et 84. Quelque utile qu'il puisse être, la loi ne l'a pas exigé. Il s'en faut

(1) Demante, I, n. 118.

(2) Demolombe, I, n. 307; Demante, I, n. 117 *bis*, I, et n. 121 *bis*; Fuzier-Herman, art. 80, n. 1, et art. 84, n. 1.

d'ailleurs qu'elle ait requis semblable envoi dans tous les cas où un acte de l'état civil est dressé dans un autre lieu que celui où se trouve le domicile des personnes qu'il concerne (1).

**922.** V. *Décès survenus pendant un voyage maritime.* — Les officiers du bord ont pour constater ces décès la même compétence que pour la constatation des naissances, ainsi qu'il résulte de l'art. 86, modifié par la loi du 8 juin 1893 : « *En cas de décès pendant un voyage maritime et dans les » circonstances prévues à l'art. 59, il en sera, dans les vingt- » quatre heures et en présence de deux témoins, dressé acte » par les officiers instrumentaires désignés en cet article et » dans les formes qui y sont prescrites. — Les dépôts et trans- » missions des originaux et des expéditions seront effectués » conformément aux distinctions prévues par les art. 60 et » 61. — La transcription des actes de décès sera faite sur les » registres de l'état civil du dernier domicile du défunt, ou, » si ce domicile est inconnu, à Paris.* »

On remarquera que ce texte fixe, pour la rédaction des actes de décès survenus dans ces conditions, un délai déterminé, auquel n'est pas assujettie celle des actes de décès ordinaires.

**923.** Mais il suppose que le fait même du décès survenu au cours d'un voyage maritime peut être régulièrement et directement constaté, comme en toute autre circonstance. Or il est possible qu'il ne puisse pas l'être, parce que le corps de la personne, tombée à l'eau à la suite d'un accident quelconque, n'a pas pu être retrouvé. Antérieurement à la loi de 1893, toutes les fois qu'un individu embarqué à bord d'un bâtiment disparaissait ainsi, ou à plus forte raison que l'équipage et les passagers d'un navire étaient supposés avoir péri corps et biens, comment pouvait-on régulièrement établir leur décès ? Il était évidemment impossible de dresser un acte qui le constatât conformément aux règles ordinaires, puisque la mort, si probable qu'elle fût, ne présentait pas ce caractère de certitude qu'offre seul l'examen du cadavre auquel doit procéder l'officier de l'état civil sous sa responsabilité per-

(1) *Contra :* Demolombe, I, n. 307. — Cpr. Demante, I, n. 120 *bis*.

sonnelle. D'autre part de nombreux intérêts, de famille et pécuniaires, seraient restés en souffrance s'il avait fallu recourir à la procédure de l'absence à l'égard du disparu dont le décès ne pouvait être établi (1). C'est pourquoi, sans souci des objections juridiques auxquelles cette pratique allait s'exposer, des circulaires ministérielles (2), fortes de l'assentiment d'une partie de la doctrine et de l'appui de la jurisprudence, déterminèrent, pour la constatation des décès survenus dans ces conditions, une procédure toute semblable à celle qu'avait instituée le décret du 3 janvier 1813 (art. 19); et c'est des prescriptions de ces circulaires que se sont inspirés les nouveaux art. 87 à 92 C. civ., tels qu'ils ont été modifiés par la loi de 1893. En consacrant législativement ces prescriptions, qui peuvent encore servir à son application, cette loi a donc fait cesser, sur le point spécial qui nous occupe, la controverse qui sera exposée plus loin, et donné une satisfaction assurée à des intérêts légitimes.

Deux cas, d'après la législation nouvelle, doivent être distingués.

**924.** 1er Cas. Une ou plusieurs personnes tombent à l'eau, depuis le commencement du voyage, c'est-à-dire après que le rôle de l'équipage est ouvert et le navire « expédié » par l'autorité compétente (3).

« *Si,* dit le N. art. 87, *une ou plusieurs personnes inscrites » au rôle d'équipage ou présentes à bord, soit sur un bâti- » ment de l'Etat, soit sur tout autre bâtiment, tombent à l'eau » sans que leur corps puisse être retrouvé, il sera dressé un » procès-verbal de disparition par l'autorité investie à bord » des fonctions d'officier de l'état civil. Ce procès-verbal sera » signé par l'officier instrumentaire et par les témoins de l'ac- » cident et inscrit à la suite du rôle d'équipage. — Les dispo- » sitions des art. 60 et 61, relatives au dépôt et à la transmis-*

(1) Cf. de Courcy, *Les veuves des marins disparus,* Mémoire au Ministre de la marine, Paris, 1878.

(2) Circ. min. 11 déc. 1878, *Bull. off. du min. de la mar.,* p. 849; 26 janv. 1887, *eod. loc.,* p. 241; 23 janv. 1888, *eod. loc.,* p. 75. — Cf. Delalande, *Ann. de lég. fr.,* 1891, XIe année, p. 139, note 1.

(3) Rapp. de M. Darlan à la Ch. des dép., *J. off.,* 1892, Ch. des dép., *Doc. parl.,* p. 1542.

» *sion des actes et des expéditions, seront applicables à ces* » *procès-verbaux.* »

En ce cas, l'accident ayant eu des témoins, ainsi que le suppose expressément notre disposition, il peut être dressé, en leur présence, par l'officier instrumentaire, un procès-verbal constatant la disparition, lequel remplace pour cette hypothèse la déclaration ministérielle qui intervient dans la seconde. Pour le surplus la constatation du décès est soumise à la même procédure.

A ce premier cas doit être assimilé, aux termes de l'art. 88, celui de « *présomption de perte totale d'un bâtiment ou* » *de disparition d'une partie de l'équipage ou des passagers* », lorsqu'il a « *été possible de dresser les procès-verbaux de dis-* » *parition prévus à l'article précédent* », c'est-à-dire lorsque le sinistre a eu des témoins et qu'il a survécu un officier du navire pouvant remplir le rôle d'officier instrumentaire.

**925.** 2° Cas. Un bâtiment est présumé s'être perdu complètement corps et biens, ou une partie de l'équipage ou des passagers a disparu, sans qu'on puisse dresser les procès-verbaux prévus par l'art. 87.

« *En cas,* dit l'art. 88, *de présomption de perte totale d'un* » *bâtiment ou de disparition d'une partie de l'équipage ou* » *des passagers, s'il n'a pas été possible de dresser les procès-* » *verbaux de disparition prévus à l'article précédent, il sera* » *rendu par le ministre de la marine, après une enquête* » *administrative et sans formes spéciales, une décision décla-* » *rant la présomption de perte du bâtiment ou la disparition* » *de tout ou partie de l'équipage ou des passagers.* »

De même que dans le cas précédent, il faut recourir à une procédure qui aboutisse à la constatation officielle du décès, tout en entourant cette constatation de telles garanties qu'il y ait les plus grandes chances pour que le décès soit réellement survenu lorsqu'il est déclaré constant. Mais, comme dans cette hypothèse la perte des personnes n'a pu être directement constatée par un procès-verbal, le premier acte de cette procédure est une décision ministérielle qui y supplée et déclare la perte ou la disparition présumables. Elle n'intervient qu'après une enquête de l'autorité, qui se

propose d'arriver à la connaissance précise de toutes les circonstances du sinistre, et qu'il sera bon, pour déférer au vœu du législateur (1), de faire précéder elle-même d'une publicité spéciale, organisée de façon à mettre les parents des disparus à même d'intervenir soit à l'enquête, soit à l'instance judiciaire qui suit la décision ministérielle.

**926.** En effet, aux termes de l'art. 90 : « *Le ministre de la* » *marine pourra transmettre une copie de ces procès-verbaux* » *ou de ces décisions au procureur général du ressort dans* » *lequel se trouve le tribunal soit du dernier domicile du dé-* » *funt, soit du port d'armement du bâtiment, soit enfin du lieu* » *du décès, et requérir ce magistrat de poursuivre d'office la* » *constatation judiciaire des décès. — Ceux-ci pourront être* » *déclarés constants par un jugement collectif, rendu par le* » *tribunal du port d'armement, lorsqu'il s'agira de personnes* » *disparues dans un même accident.* »

C'est donc l'autorité judiciaire qui a seule qualité, dans ce cas comme dans le précédent, pour déclarer le décès constant : elle ne doit le faire, à raison même de la gravité de sa décision, qu'en cas de conviction absolue et que s'il ne lui apparaît pas « la moindre possibilité raisonnable de salut pour les victimes de l'accident » (2).

**927.** Cette décision peut d'abord être provoquée par le ministre de la marine et rendue sur les réquisitions du procureur général. Mais le ministre, s'il y a doute sur le décès, doit s'abstenir de la provoquer, et il ne doit, d'autre part, mettre la justice en mouvement, par la transmission au procureur général des procès-verbaux de disparition ou de la décision déclarant la présomption de décès, que lorsqu'un temps suffisamment long s'est écoulé depuis le sinistre pour que la réapparition des disparus puisse être considérée comme tout à fait improbable (3).

Aussi pouvait-on craindre que, soit par excès de scrupules, soit par négligence, le ministre de la marine ne retardât, au grand dommage des intéressés, la déclaration de décès :

(1) Rapp. de M. Thézard au Sénat, *J. off.*, 1893, Sénat, *Doc. parl.*, p. 98.
(2) Rapp. de M. Thézard au Sénat, *loc. cit.*
(3) Rapp. de M. Darlan à la Ch. des dép., *loc. cit.*, p. 1542.

c'est pourquoi elle peut être provoquée par les intéressés eux-mêmes. Ainsi le décide le N. art. 91, ainsi conçu : « *Les » intéressés pourront également se pourvoir, à l'effet d'obtenir » la déclaration judiciaire d'un décès, dans les formes pré- » vues aux art. 855 et suivants du code de procédure civile. » Dans ce cas, la requête sera communiquée au ministre de la » marine, à la diligence du ministère public.* » Cette communication a pour but d'empêcher le ministre de provoquer une nouvelle déclaration, dans l'ignorance où il aurait pu être sans cela de celle qui est intervenue à la requête de la famille, et de prévenir ainsi la contradiction de décisions qui aurait été susceptible de se produire, soit quant au fait même du décès, soit quant à sa date.

**928.** Enfin, aux termes du N. art. 92 : — « *Tout jugement » déclaratif de décès sera transcrit à sa date sur les registres » de l'état civil du dernier domicile, ou, si celui-ci est inconnu, » à Paris. Il sera fait mention du jugement et de sa trans- » cription, en marge des registres, à la date du décès. — Les » jugements collectifs seront transcrits sur les registres de » l'état civil du port d'armement; il pourra en être délivré » des extraits individuels. — Les jugements déclaratifs de » décès tiendront lieu d'acte de l'état civil et ils seront oppo- » sables aux tiers, qui pourront seulement en obtenir la recti- » fication conformément à l'art. 99.* »

On observera sur cette disposition que : 1° la transcription de la décision judiciaire est faite différemment suivant que celle-ci est individuelle ou collective. Au premier cas elle doit avoir lieu sur les registres de l'état civil du dernier domicile du décédé, ou à Paris, si ce domicile est, soit inconnu, soit situé à l'étranger (1). Au second, elle est faite au port d'armement, pour éviter la multiplicité des transcriptions lorsque le sinistre a causé la mort d'un grand nombre de personnes, et les retards préjudiciables aux intéressés qu'elles entraînaient autrefois, force étant d'attendre, pour y procéder, que les expéditions du jugement fussent délivrées; — 2° la mention de la décision judiciaire et de sa transcription, en marge

(1) Wilhelm et Trayer, *Des actes de l'état civil reçus en mer*, n. 175.

des registres, à la date du décès, exigée pour le cas de jugement individuel, n'est pas requise, en cas de jugement collectif, sur les registres du dernier domicile des différents disparus : on a voulu faire ainsi l'économie des communications nombreuses que l'obligation d'effectuer cette mention eût nécessitées ; — 3° le jugement déclaratif de décès est, contrairement à la règle de l'art. 1351, opposable aux tiers, comme un acte de l'état civil véritable. Mais, comme lui aussi, il peut être rectifié, suivant la procédure ordinaire, lorsqu'il contient des énonciations erronées. Nul doute, par exemple, qu'il ne doive être rectifié en cas de réapparition d'une des personnes dont il déclare le décès constant (1).

**929.** Les règles des art. 88, 90, 91 et 92 sont également applicables, aux termes du N. art. 89, au cas où il n'a pas été dressé d'acte régulier de décès des marins ou militaires morts aux colonies dans les pays de protectorat, ou lors des expéditions d'outre-mer, en prenant ces dernières expressions dans leur sens le plus étendu (2). « *La présomption de décès,* » dit la disposition précitée, *sera déclarée comme il est dit à* » *l'article précédent, après une enquête administrative et sans* » *formes spéciales, par le ministre de la marine à l'égard des* » *marins ou militaires morts aux colonies, dans les pays de* » *protectorat ou lors des expéditions d'outre-mer, quand il* » *n'aura pas été dressé d'acte régulier de décès.* »

Quant à la disparition des soldats et marins résidant en France, elle reste soumise, en principe, aux règles du droit commun, et, dans des circonstances spéciales, à celles du chapitre V du Code civil, tel qu'il a été modifié lui-même par la loi du 8 juin 1893 (3).

**930.** VI. *Décès des ouvriers morts par accident dans les mines.* — Cette hypothèse est régie par les art. 18 et 19 du décret du 3 janvier 1813, qui établissent la distinction suivante :

1° On retrouve les corps des ouvriers qui ont péri. L'acte de décès de chaque ouvrier doit être dressé conformément

(1) Rapp. de M. Thézard au Sénat, *loc. cit.*, p. 98. — Colmet de Santerre, I, n. 125 *bis*-VI; Das'arac, *op. cit.*, p. 53 et 54; Chéneaux, *op. cit.*, n. 210.

(2) Rapp. de M. Darlan à la Ch. des dép., *loc. cit.*, p. 1542.

(3) Wilhelm et Trayer, *op. cit.*, n. 160.

aux règles du droit commun. Mais l'inhumation ne peut être autorisée qu'après qu'il a été dressé un procès-verbal de l'accident, conformément à l'art. 81 du C. civ. (art. 18).

2° Il y a impossibilité de parvenir jusqu'au lieu où se trouvent les corps des ouvriers. Il est alors dressé, par le maire ou par un autre officier public, à la requête des chefs de l'exploitation, un procès-verbal de l'accident, qui constate cette impossibilité, et qui est annexé au registre de l'état civil, à la diligence du procureur de la République et sur l'autorisation du tribunal (art. 19) [1].

**931.** Il semble bien que le tribunal ne doive accorder cette autorisation qu'autant qu'il n'existe dans son esprit aucun doute sur le décès des ouvriers dont le nom y est relaté et que s'il croit pouvoir déclarer ce décès constant. Mais, de ce que le législateur exige cette garantie, il paraît résulter aussi que, dans sa pensée, ce procès-verbal remplace l'acte de décès, même, suivant l'opinion générale, pour prouver la dissolution du mariage des ouvriers ensevelis et permettre à leur conjoint de contracter une nouvelle union [2]. Il n'y a rien à tirer, en effet, contre cette opinion, de l'avis du Conseil d'Etat du 17 germinal an XIII, qui prévoit une hypothèse entièrement différente de la nôtre et bien moins favorable.

Néanmoins, d'après certains auteurs [3], il appartiendrait au juge de décider, en fait et eu égard aux circonstances, si ce procès-verbal peut remplacer l'acte de décès, dans quelque but qu'on l'invoque.

Mais il nous paraît plus juridique, tout en reconnaissant en principe l'autorité du jugement intervenu dans ces conditions, de décider qu'il serait susceptible d'être l'objet d'une demande de rectification. Cette solution peut se fonder sur ce double motif que le jugement n'est qu'un acte de juridiction gracieuse qui ne peut jouir comme tel de l'autorité de la chose jugée, et que, si le décès a été déclaré constant, il n'a cependant pas

[1] Cf. Planiol, I, n. 511; Mersier, n. 345.

[2] Demolombe, I, n. 308; Surville, I, n. 540; Fuzier-Herman, art. 81, n. 3; R. Bufnoir, *op. cit.*, p. 66; Chéneaux, *op. cit.*, n. 208. — *Contra :* Duranton, I, n. 330.

[3] Demante, I, n. 124 *bis*, I.

pu être réellement constaté; et elle s'appuie, d'autre part, par analogie, sur la disposition qui a été écrite dans le N. art. 92 pour une situation toute semblable (1).

**932.** En général on déclare applicables, par identité de motifs, les dispositions du décret précité aux cas de ruine, incendie, inondation, explosion et éboulement, c'est-à-dire à tous les cas où la constatation directe du décès est, par suite des circonstances, impossible (2). Et toutefois, en raison du caractère exceptionnel de ces dispositions, cette solution peut être sérieusement mise en doute. D'une part, l'identité de motifs n'est pas, au moins dans tous les cas, aussi complète qu'on veut bien le dire : dans nombre d'entre eux, la certitude du décès n'est plus aussi entière que dans l'hypothèse prévue par le décret de 1813, et il ne faut pas beaucoup d'imagination pour entrevoir telles circonstances où il n'y aurait qu'une coïncidence entre l'accident et la disparition de ceux qu'on croirait y avoir trouvé la mort. D'autre part et surtout, il paraît bien difficile d'étendre un mode de constatation des décès aussi anormal que celui que ce décret organise en dehors du cas particulier auquel il a été expressément appliqué, d'assimiler par là ce qui n'est après tout que de simples probabilités à de véritables certitudes, et d'élargir les attributions de juridiction gracieuse que la loi reconnaît aux tribunaux à titre exceptionnel. C'est bien ainsi que, par trois fois, l'a compris le législateur : d'abord, à deux reprises, lorsqu'il s'est préoccupé d'assurer aux intéressés les moyens d'établir le décès des militaires et marins disparus pendant certaines guerres (lois du 13 janvier 1817 et du 9 août 1871); puis, lorsqu'il a institué un mode spécial de constatation des décès par suite de chute à l'eau ou de naufrage (art. 87 à 92, modifiés par la loi du 8 juin 1893). Tous ces actes législatifs prouvent par leur existence même, due au désir de venir en aide à des situations plus particulièrement dignes d'intérêt,

(1) Chéneaux, *op. cit.*, n. 208.

(2) Aubry et Rau, I, § 61, p. 310, n. 4; Demolombe, I, n. 308; Toullier, I, n. 360; Duranton, I, n. 330; Demante, I, n. 124 *bis*, II; Mersier, n. 433; Fuzier-Herman, art. 81, n. 1 s. — Besançon, 30 juin 1878, S., 78. 2. 300, D., 79. 2. 34. — Bordeaux, 15 fév. 1888, S., 88. 2. 192, D., 89. 2. 197, et note. — Rouen, 11 oct. 1889, S., 90. 2. 10, D., 90. 2. 305, note de M. Planiol.

qu'elles n'auraient pu être réglées suivant la procédure exceptionnelle du décret de 1813. Elles n'auraient pu l'être effectivement tout au plus que par l'un ou l'autre de ces deux modes : ou par une déclaration d'absence, ou peut-être, suivant certains interprètes, dont l'opinion est extrêmement discutable (1), par la constatation du décès au moyen de la preuve testimoniale, admise par application de l'art. 46. Et dès lors, encore aujourd'hui, on ne peut pas procéder autrement toutes les fois qu'un décès est survenu dans des circonstances qui n'ont pas été l'objet de dispositions spéciales (2). Cette solution a enfin pour elle d'être conforme à la tradition, car il n'était pas dressé d'acte en pareil cas, dans notre ancien droit, et Rodier (3) constate que le décès ne pouvait alors être établi que par la preuve testimoniale.

La doctrine la plus récente estime cependant, non sans vraisemblance, que la jurisprudence, surtout depuis la loi de 1893, s'établira en sens contraire, et elle semble même l'y inviter. Mais elle reconnaît aussi le plus souvent qu'il ne saurait dépendre des tribunaux d'accorder à leurs jugements une autorité aussi étendue que celle des actes de l'état civil (4). C'est admettre par là même que les situations qui n'ont pas été formellement prévues par les dispositions spéciales du décret de 1813 et de la loi de 1893 ne sauraient être entièrement régies par les règles que celles-ci ont posées, puisque les constatations auxquelles aboutit la procédure qu'elles organisent tiennent vraiment lieu de ces actes.

## CHAPITRE IV

### LES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL CONCERNANT LES MILITAIRES ET MARINS DANS CERTAINS CAS SPÉCIAUX

**933.** Le code civil contenait déjà des dispositions spéciales (art. 88-98) sur les actes de l'état civil « concernant les mili-

(1) Cf. *supra*, n. 858.

(2) Cpr. Huc, I, n. 355-358; Beudant, I, n. 121; Planiol, I, n. 507 et 515; Debacq, *De l'act. du min. pub. en mat. civile*, p. 262 s.; Chéneaux, *op. cit.*, n. 211.

(3) *Quest. sur l'Ord. de 1667*, art. IX, quest. 3. — Cf. Thibeaud, p. 165.

(4) Planiol, I, n. 515.

taires hors du territoire » français, dispositions dont la nécessité avait été démontrée par le premier consul et qu'il avait justifiées par cette observation laconique : « où est le drapeau, là est la France » (1). La situation particulière des personnes faisant partie des armées ou attachées à leur suite veut qu'on leur facilite les moyens de faire constater les faits de l'état civil qui les intéressent, et rien de plus simple, dans ce but, que de charger de cette constatation certains officiers, qui ont d'autant plus de titres à agir au nom de la France qu'elle est représentée par son drapeau dans le lieu même où ils instrumentent.

Mais cette mission ne leur avait été confiée par le Code civil que tout autant qu'ils se trouvaient, eux et les personnes que l'acte concernait, en dehors de notre territoire (2). Or cette mesure était insuffisante : en temps d'invasion du pays, ou lorsqu'une mobilisation met en mouvement sur notre sol d'énormes masses d'hommes, ou bien même lorsqu'un corps français opère dans une de nos possessions coloniales ou dans un pays placé sous notre protectorat, il peut être utile ou nécessaire que les autorités ordinaires préposées à la réception des actes de l'état civil puissent être secondées ou remplacées par des officiers instrumentaires pris dans les corps eux-mêmes. C'est ce que n'avaient que trop montré les funestes événements de 1870-1871, à la suite desquels on avait dû remettre en vigueur, par la loi du 9 août 1871, celle du 13 janvier 1817 sur le mode de procédure à suivre pour constater le sort des militaires disparus pendant les guerres de la République et de l'Empire (3). En dépit de cette mesure passagère, des intérêts respectables étaient restés en souffrance. C'est pour remédier d'une façon définitive et complète à cet état de choses que la loi du 8 juin 1893 a remanié totalement le chapitre V du Code, étendu la compétence des officiers instru-

(1) Locré, *Lég.*, III, p. 96, n. 32.

(2) Cf. Instr. min. du 24 brumaire an XII, et avis du C. d'Etat du 4e jour complém. de l'an XIII.

(3) Sur l'autorité des jugements qui interviennent à la suite de cette procédure, cf. Dastarac, *op. cit.*, p. 50 s. ; R. Bufnoir, *op. cit.*, p. 66 ; Chéneaux, *op. cit.*, n. 209.

mentaires exceptionnels, et précisé ses limites mieux qu'elles ne l'étaient jusque-là.

**934.** En principe, les actes dont il s'agit restent soumis au droit commun : « *Les actes de l'état civil,* dit le N. art. 93, » 1er al., *concernant les militaires, les marins de l'Etat et les* » *personnes employées à la suite des armées seront établis* » *comme il est dit aux chapitres précédents.* »

Par une suite de cette règle, et comme la loi de 1893 n'avait pas reproduit la disposition dérogatoire de l'ancien art. 92, la déclaration de naissance devait toujours être faite dans le délai normal de trois jours. Mais, en considération des « embarras de la guerre et des occupations multiples qui incombent aux officiers de l'état civil en période de campagne », la loi du 17 mai 1900 est venue ajouter au N. art. 93 un dernier alinéa, aux termes duquel, comme déjà d'après le code civil, « *les déclarations de naissance aux armées seront faites dans les dix jours qui suivront l'accouchement* ». Cette disposition n'est d'ailleurs applicable que dans les mêmes circonstances en vue desquelles la loi a institué une organisation exceptionnelle de l'état civil.

**934** *bis.* Effectivement les règles ordinaires de compétence ont été modifiées dans deux cas, en faveur non seulement des militaires proprement dits, mais des marins de l'Etat et des personnes employées à la suite des armées de terre et de mer, — voire même d'après certains auteurs (1), des personnes qu'elles traînent à leur suite, telles que les prisonniers, — des personnes traitées dans les hôpitaux, et enfin, mais en cas de nécessité seulement, de celles qui se trouvent dans des forts ou places assiégés, quelle que soit leur qualité.

**935.** Premier cas : le corps dont fait partie la personne, à quelque titre que ce soit, se trouve hors de France. « *Toute-* » *fois,* dit le nouvel art. 93, 2e al., *hors de la France et dans* » *les circonstances prévues au présent paragraphe, ils* (les » actes) *pourront, en tout temps, être également reçus par les* » *autorités ci-après indiquées, en présence de deux témoins :* » *1° dans les formations de guerre mobilisées, par le trésorier*

(1) Wilhelm et Trayer, *op. cit.*, n. 115.

» *ou l'officier qui en remplit les fonctions, quand l'organisa-*
» *tion comporte cet emploi, et, dans le cas contraire, par l'offi-*
» *cier commandant; 2° dans les quartiers-généraux ou états-*
» *majors, par les fonctionnaires de l'intendance ou, à défaut,*
» *par les officiers désignés pour les suppléer; 3° pour les per-*
» *sonnes non militaires employées à la suite des armées, par*
» *le prévôt ou l'officier qui en remplit les fonctions; 4° dans*
» *les formations ou établissements sanitaires des armées, par*
» *les officiers d'administration gestionnaires de ces établis-*
» *sements; 5° dans les hôpitaux maritimes et coloniaux, séden-*
» *taires ou ambulants, par le médecin directeur ou son sup-*
» *pléant; 6° dans les colonies et les pays de protectorat et lors*
» *des expéditions d'outre-mer, par les officiers du commissa-*
» *riat ou les fonctionnaires de l'intendance, ou, à leur défaut,*
» *par les chefs d'expédition, de poste ou de détachement.* »

Ce texte est applicable, on l'observera, aussi bien en temps de paix qu'en temps de guerre : les officiers instrumentaires qu'il désigne restent à toute époque compétents hors de France, de façon que la tenue de l'état civil des personnes qui relèvent de l'autorité militaire soit assurée aussi bien que possible (1).

Leur compétence n'est pas subsidiaire : elle ne leur appartient pas seulement en cas de nécessité. Mais elle n'est pas non plus exclusive : ils la partagent avec les autorités locales ou avec les représentants de la France à l'étranger. Ainsi a été expressément tranchée par notre disposition une controverse qui divisait les auteurs sous l'empire du code civil. Les uns (2), s'appuyant sur les paroles du premier consul, soutenaient que « les fonctionnaires étrangers étaient absolument sans caractère pour recevoir des actes concernant les militaires, qui, lorsqu'ils se trouvent sous le drapeau, sont encore réputés en France, bien qu'ils soient à l'étranger ». Les autres prétendaient au contraire qu'en donnant aux per-

(1) Rapp. de M. Darlan à la Ch. des dép., *loc. cit.*, p. 1542.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Etat civil*, § 3, n. 1, et *Quest.*, v° *Mariage*, § 7, n. 3; Aubry et Rau, 4e éd., I, § 66, p. 223, n. 11 et 12; Duranton, I, n. 232; Valette sur Proudhon, I, p. 234; Marcadé, I, art. 88-II, n. 280 s.; Huc, I, 354; Rieff, n. 288. — Cpr. Demante, I, n. 118 *bis*, II et III. — Crim. cass., 17 août 1815, S., 15. 1. 297.

sonnes attachées à l'armée des facilités particulières pour faire constater leur état civil, le code n'avait pas entendu les priver du bénéfice du droit commun : sinon on les eût placées dans une situation difficile toutes les fois qu'elles n'auraient pas pu recourir à cette compétence exceptionnelle, soit parce qu'elles se trouvaient trop éloignées des officiers auxquels elle appartenait, soit parce que l'acte, notamment un mariage, intéressait, en même temps qu'un Français, une personne, étrangère par exemple, à l'égard de laquelle s'évanouissait cette compétence (1). C'est cette dernière opinion, consacrée avec raison, selon nous, par la jurisprudence, qui a reçu en 1893 la sanction législative.

**936.** 2e Cas : le corps dont la personne fait partie se trouve en France. « *En France,* dit le N. art. 93, 3e al., *les* » *actes de l'état civil pourront également être reçus, en cas de* » *mobilisation ou de siège, par les officiers énumérés aux cinq* » *premiers numéros du paragraphe précédent. La compétence* » *de ces officiers s'étendra, s'il est nécessaire, aux personnes* » *non militaires qui se trouveront dans les forts et places* » *fortes assiégés .*»

Sous l'empire du code civil, des instructions ministérielles, en date du 24 brumaire an XII et du 8 mars 1823 avaient étendu la compétence des officiers désignés par les art. 88 et suivants au cas d'invasion ou de révolte à l'intérieur du pays, lorsqu'on se trouvait dans l'impossibilité de recourir au ministère des officiers de l'état civil ordinaires (arg. art. 983 C. civ. et loi du 13 janvier 1817, art. 10). Mais l'exactitude de cette interprétation (2), extensive d'une compétence exceptionnelle par nature, pouvait être sérieusement contestée. L'innovation réalisée par la loi de 1893 consiste en ce que désormais les officiers instrumentaires désignés par l'art. 93 sont compétents, concurremment avec les officiers de l'état

(1) Demolombe, I, n. 315; Laurent, II, n. 12-14; Coin-Delisle, art. 88, n. 5; Richelot, I, n. 194, note 10; Weiss, p. 387; Louiche-Desfontaines, *Infl. de l'émigr.*, p. 91; Fuzier-Herman, art. 89, n. 1 s. — Paris, 8 juill. 1820, S., 20. 2. 307. — Civ. rej., 23 août 1826, S., 27. 1. 108, D., 27. 1. 8.

(2) En ce sens, Demolombe, I, n. 314; Demante, 2e éd., I, n. 118 *bis*, I; Fuzier-Herman, art. 88, n. I. — *Contra* : Merlin, *Rép.*, vo *Etat civil*, § 3, n. 4.

civil ordinaires, à compter du jour de la mobilisation ou pendant le siège d'une place forte ou d'un fort, et jusqu'au passage de l'armée au pied de paix ou à la levée du siège, pour recevoir les actes concernant les personnes attachées à l'armée ou même celles qui, sans être militaires, se trouvent dans les forts et places fortes assiégés. Cette compétence subsiste donc au cas même où il est possible de s'adresser aux autorités civiles, sauf en ce qui concerne la dernière catégorie de personnes. Par « siège » il faut entendre d'ailleurs, ainsi qu'il résulte de notre disposition et surtout de l'art. 95, 2e al., qui parle de la « levée du siège », l'investissement réel de la place, mais non plus, comme on l'a prétendu (1), le simple « état de siège », au sens juridique de ces expressions (2).

**937.** La transcription des actes ainsi reçus, la tenue et la conservation des registres sur lesquels ils sont inscrits, sont assurées par les prescriptions des N. art. 94 à 96.

« *Dans tous les cas prévus à l'article précédent, l'officier* » *qui aura reçu un acte en transmettra, dès que la communi-* » *cation sera possible et dans le plus bref délai, une expé-* » *dition au ministre de la guerre ou de la marine, qui en* » *assurera la transcription sur les registres de l'état civil du* » *dernier domicile : du père ou, si le père est inconnu, de la* » *mère, pour les actes de naissance; du mari, pour les actes* » *de mariage; du défunt, pour les actes de décès. Si le lieu* » *du dernier domicile est inconnu, la transcription sera faite* » *à Paris.* » (N. art. 94).

« *Dans les circonstances énumérées à l'art. 93, il sera tenu* » *un registre de l'état civil : 1° dans chaque corps de troupes* » *ou formation de guerre mobilisée, pour les actes relatifs* » *aux individus portés sur les contrôles du corps de troupes* » *ou sur ceux des corps qui ont participé à la constitution de* » *la formation de guerre; 2° dans chaque quartier général ou* » *état-major, pour les actes relatifs à tous les individus qui y* » *sont employés ou qui en dépendent; 3° dans les prévôtés,*

(1) Wilhelm et Trayer, *op. cit.*, n. 105. — Cf. rapp. de M. Darlan à la Ch. des dép., *loc. cit.*, p. 1542.

(2) Aubry et Rau, I, § 66 *bis*, p. 336, n. 3; Delalande, *Ann. de lég. fr.*, 1893, XIIIe année, p. 143, note 1.

» *pour toutes les personnes non militaires employées à la suite* » *des armées ; 4° dans chaque formation ou établissement sani-* » *taire dépendant des armées et dans chaque hôpital maritime* » *ou colonial, pour les individus en traitement ou employés* » *dans ces établissements, de même que pour les morts appar-* » *tenant à l'armée, qu'on y placerait à titre de dépôt ; 5° dans* » *chaque unité opérant isolément aux colonies, dans les pays* » *de protectorat ou en cas d'expédition d'outre-mer, les actes* » *concernant les individus éloignés du corps ou des états-* » *majors auxquels ils appartiennent ou dont ils dépendent* » *seront inscrits sur le registre du corps ou de l'état-major,* » *près desquels ils sont employés ou détachés. — Les registres* » *seront arrêtés au jour du passage des armées sur le pied de* » *paix ou de la levée du siège. — Ils seront adressés au minis-* » *tre de la guerre ou de la marine, pour être déposés aux* » *archives de leur département ministériel.* » (N. art. 95).

« *Les registres seront cotés et paraphés : 1° par le chef* » *d'état-major, pour les unités mobilisées qui dépendent du* » *commandement auquel il est attaché ; 2° par l'officier com-* » *mandant, pour les unités qui ne dépendent d'aucun état-* » *major ; 3° dans les places fortes ou forts, par le gouverneur* » *de la place ou le commandant du fort ; 4° dans les hôpitaux* » *ou formations sanitaires dépendant des armées, par le méde-* » *cin-chef de l'hôpital ou de la formation sanitaire ; 5° dans* » *les hôpitaux maritimes ou coloniaux et pour les unités opé-* » *rant isolément aux colonies, dans les pays de protectorat et* » *en cas d'expédition d'outre-mer, par le chef d'état-major ou* » *par l'officier qui en remplit les fonctions.* » (N. art. 96).

Il n'y a pas d'observation particulière à faire au sujet de ces dispositions de notre chapitre, qui se termine par deux textes, relatifs, l'un (art. 97) au mariage (1), l'autre (art. 98) à la reconnaissance d'enfant naturel, et dont il sera parlé à l'occasion de ces deux matières.

(1) Cf. notre tome III, n. 1611.

# CHAPITRE V

## DE LA RECTIFICATION DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL

**938.** Tant qu'il n'est pas complètement dressé, et au moment même où il est reçu, un acte de l'état civil peut être utilement corrigé par l'officier municipal. Mais, après que sa rédaction est achevée, les irrégularités n'en peuvent être réparées que suivant une procédure particulière, celle de la rectification des actes de l'état civil, garantissant que les modifications qu'on se propose d'y faire sont absolument justifiées et prévenant le danger des corrections arbitraires ou frauduleuses (1). Cette procédure a d'ailleurs été étendue à des cas où il ne s'agit pas de rectifier, mais d'inscrire pour la première fois sur les registres un acte de l'état civi : il n'y a pas en effet d'irrégularité plus forte, pour un acte de cette nature, que celle qui consiste à n'avoir pas été dressé.

### 1. *Des cas dans lesquels il y a lieu à rectification.*

**939.** Il peut y avoir lieu à rectification dans les cas suivants :

1° Lorsqu'il existe dans un acte de l'état civil des erreurs, des omissions, ou des énonciations qui n'auraient pas dû être faites.

Des erreurs : par exemple, une erreur sur le sexe d'un enfant dans un acte de naissance, des fautes dans l'orthographe d'un nom, un prénom écrit pour un autre (2).

**940.** Des omissions : telle est d'abord l'omission d'une mention requise par la loi, quelles qu'en soient la nature et l'importance (3), comme celle des noms des père et mère d'un enfant légitime dans son acte de naissance.

(1) Demolombe, I, n. 331 ; Laurent, II, n. 29 ; Beudant, I, n. 111 et 125 ; Planiol, I, n. 529. — Cpr. Surville, I, n. 119.

(2) Aubry et Rau, I, § 63, p. 319, n. 15 ; Demolombe, I, n. 332. — Caen, 13 fév. 1846, S., 53. 2. 102, D., 46. 4. 8. — Douai, 10 août 1852, S., 53. 2. 102, D., 53. 2. 227. — Civ. cass., 29 juin 1863, S., 63. 1. 433, D., 63. 1. 451.

(3) Huc, I, n. 359-1° ; Fuzier-Herman, art. 99, n. 9 et 16 s. — Caen, 17 août 1843,

Il en est de même, comme on l'a déjà vu, de l'omission de la particule *de* (1) et de l'omission d'un titre nobiliaire (2).

**941.** Des énonciations qui n'auraient pas dû être faites : par exemple, l'indication, dans un acte de naissance, d'une filiation adultérine, ou la désignation, faite sans son aveu, du père d'un enfant naturel, ou l'attribution à une personne de noms ou de titres qui ne lui appartiennent pas (art. 259 C. pén.) (3).

**942.** 2° Quand un acte est irrégulier en la forme : par exemple, s'il n'a pas été dressé en présence du nombre de témoins réglementaire, ou s'il ne porte pas les signatures requises ;

3° Lorsqu'un acte, primitivement régulier en la forme, a subi après coup des altérations ;

4° Lorsqu'un acte a été inscrit sur une feuille volante (4) ;

5° Lorsqu'un acte n'a pas été dressé et inscrit sur les registres dans les délais légaux. En effet, aux termes de l'avis du conseil d'Etat des 8-12 brumaire an XI, « les actes omis ne peuvent être inscrits sur les registres qu'en vertu de jugements rendus en grande connaissance des causes de l'omission, contradictoirement avec les parties intéressées, ou elles appelées, et sur les conclusions du ministère public » (5).

A vrai dire, dans les deux derniers cas, on ne peut parler de rectification qu'en donnant à cette expression le sens le plus large : on dresse l'acte, dans la dernière hypothèse surtout, plutôt qu'on ne le redresse, et on le fait plutôt qu'on ne le rectifie.

Il semble d'ailleurs que si c'était, non le défaut de déclarations régulièrement faites, mais le refus de l'officier de

P., 44, I, 557, D., *Rép.*, v° *Acte de l'état civil*, n. 421. — Civ. cass., 1er juin 1863, S., 63. 1. 447, D., 63. 1. 216. — Nancy, 7 mai 1864, S., 64. 2. 102.

(1) Cf. *supra*, n. 294 *bis*-XIII et XXIX.

(2) Cf. *supra*, n. 294 *bis*-XXXVI. — Sur la compétence, cf. *supra*, n. 294 *bis*-XXXIX.

(3) *Supra*, n. 294 *bis*-XVIII.

(4) Avis du C. d'Etat des 8-12 brum. an XI. — Pau, 16 mai 1853, S., 53. 2. 491, D., 54. 5. 13.

(5) Siméon, *Rapport au Trib.* ; Locré, *Lég.*, III, p. 215, n. 36 ; Aubry et Rau, I, § 63, p. 315, n. 3 ; Demante, I, n. 131 ; Huc, I, n. 359-4° ; Beudant, I, n. 120 ; Planiol, I, n. 526 ; Surville, I, n. 120 ; Fuzier-Herman, art. 99, n. 6. — Amiens, 29 avril 1890, S., 92. 2. 153 et note, D., 92. 2. 214. — Cf. *supra*, n. 885.

l'état civil qui se fût opposé à ce que l'acte fût dressé, les intéressés pourraient, sans emprunter la voie de la rectification proprement dite, obtenir par voie d'assignation directe un jugement qui l'obligeât à recevoir cet acte. Et l'intérêt de cette remarque réside en ce que l'acte ainsi dressé en exécution de ce jugement participerait, à l'égard des tiers, de la force probante ordinaire des actes de l'état civil, alors que l'autorité d'une rectification resterait purement relative (1).

II. *De l'autorité compétente pour ordonner la rectification.*

**943.** Pendant longtemps, sous l'ancien régime, les curés s'arrogèrent le droit d'opérer par eux-mêmes la « réforme » des actes qu'ils avaient reçus, au moyen de ratures et de surcharges, qu'ils ne prenaient même pas la peine d'approuver. Après que ces abus eurent cessé, c'est seulement vers la fin du XVIII^e^ siècle que les Parlements réussirent à faire prévaloir, contrairement aux prétentions des juridictions ecclésiastiques, le principe qu'aux tribunaux civils de droit commun seuls, bailliages, sénéchaussées, présidiaux et Parlements, il appartenait d'ordonner la réformation. Cette question de compétence ne fut jamais tranchée, en effet, par les ordonnances, pas même par la Déclaration de 1736, qui s'occupa la première de la réforme des actes de l'état civil (2). Elle est résolue aujourd'hui par l'art. 99, al. 1, modifié par la loi du 8 juin 1893 : « *Lorsque la rectification d'un acte de l'état civil sera* » *demandée, il y sera statué, sauf appel, par le tribunal du* » *lieu où l'acte a été reçu et au greffe duquel le registre est ou* » *doit être déposé.* »

La rectification ne peut donc s'opérer qu'en vertu d'un jugement. Il n'appartient ni aux autorités administratives, ni aux magistrats du ministère public, d'ordonner cette rectification. A plus forte raison l'officier de l'état civil ne peut-il pas, de sa propre autorité, rectifier les actes par lui dressés (3).

(1) Ghéneaux, *op. cit.*, n. 212. — Cpr. Pau, 16 mai 1853, précité.

(2) Rodier, *op. cit.*, tit. XX, art. X, quest. 2; Guyot, *Rép.*, v° *Registres*. — Cf. Thibeaud, p. 114 s.

(3) Aubry et Rau, I, § 63, p. 315, n. 1 et 2; Beudant, I, n. 125 et 126; Planiol, I, n. 529; Surville, I, n. 119; Coin-Delisle, art. 53, n, 2; Crépon et Lehr, n. 631;

« Ce qui est écrit est écrit », a dit Siméon au Tribunat (1). Ce principe essentiel a été rappelé par les avis du conseil d'Etat des 12-13 nivôse an X et 12 brumaire an XI. Et on ne peut que déplorer qu'il soit trop souvent violé dans la pratique, sous prétexte que les rectifications effectuées d'office sont purement matérielles : car à quels traits distinguer avec précision ces dernières de toutes les autres ?

Il a été méconnu aussi du reste par l'ordonnance du 26 novembre 1823, portant règlement sur la vérification des registres de l'état civil. Il résulte, en effet, des modèles qui y sont annexés, que les procureurs de la République seraient autorisés à faire réparer par l'officier de l'état civil, sans l'intervention du tribunal, les irrégularités que l'on peut corriger « sans nuire à la substance des actes », telles que l'absence des signatures requises par la loi, et ce en présence des personnes qui ont figuré à l'acte comme parties, déclarants et témoins (2). On a contesté avec raison la légalité de cette partie de l'ordonnance, qui ajoute aux pouvoirs de vérification attribués au ministère public par l'art. 53, apporte une notable exception à la règle salutaire de l'art. 99, et paraît s'être inspirée d'une disposition du projet du titre II, qui prévoyait cette sorte de rectification d'office : or précisément, en raison de ses inconvénients multiples, celle-ci a été repoussée par le conseil d'Etat (3). Pour tous ces motifs nous ne saurions reconnaître, en ce point, force obligatoire à l'ordonnance (4).

Tout au contraire le principe a été bien plutôt confirmé que violé par l'avis du conseil d'Etat des 19-30 mars 1808. Lorsque, dans les actes de naissance ou de décès qui doivent

Mersier, n. 67 et 368; Fuzier-Herman, art. 99, n. 2 s. — Amiens, 29 avril 1890, S., 92. 2. 153, D., 92. 2. 214. — Cpr., pour le cas où il s'agirait d'un simple retard apporté à la transcription dont il est question aux art. 251 et 252 C. civ., Trib. Troyes, 9 mai 1900, D., 1903. 2. 477.

(1) *Rapp. au Trib.*, Locré, *Lég.*, III, p. 215, n. 36.

(2) Sur la procédure à suivre en pareil cas, cf. Mersier, n. 55.

(3) Locré, *Lég.*, III, p. 98, n. 39, et p. 111 et 112, n. 1 et 2; Laurent, II, n. 29; Demante, I, n. 127 *bis*, I.

(4) Demolombe, I, n. 287; Beudant, I, n. 126. — Cpr. Surville, I, n. 119; Coin-Delisle, art. 53, n. 9; Richelot, I, p. 208, note 20; Rieff, n. 110; Mersier, n. 55.

être remis à l'officier de l'état civil en vue de la célébration d'un mariage, des noms ont été mal orthographiés ou des prénoms omis, l'identité des personnes auxquelles appartiennent ces noms et ces prénoms peut être attestée à l'officier municipal selon le mode indiqué par l'avis, et sans qu'il y ait lieu de procéder à une rectification véritable. Mais il faut justement observer que cette attestation ne tient pas lieu de rectification, si ce n'est pour le mariage même, et qu'aucune modification n'est effectuée sur les registres de l'état civil : le principe reste donc entièrement sauf (1).

**944.** La demande en rectification d'un acte de l'état civil est de la compétence du tribunal de première instance du lieu où l'acte a été dressé et ou greffe duquel le registre est ou doit être déposé. Ainsi le décide l'art. 99, modifié par la loi du 8 juin 1893, qui n'a fait, en suppléant au silence du code civil sur ce point, que consacrer la règle déjà posée par la doctrine (2).

Si l'acte a été omis, la compétence doit, dans le silence de la loi, appartenir, par analogie, au tribunal du lieu où il aurait dû être inscrit.

Le tribunal français est donc certainement compétent lorsque l'acte a été reçu en France, qu'il intéresse des Français ou même des étrangers : car, fût-il permis à ces derniers de demander la rectification aux juges de leur pays, que ces juges ne pourraient évidemment ordonner que cette rectification fût opérée sur nos registres, sans porter atteinte à la souveraineté française. Seules les juridictions qu'elle a instituées peuvent donner un pareil ordre aux officiers qui relèvent de cette même souveraineté (3).

(1) Aubry et Rau, V, § 466, p. 108-7°; Laurent, II, n. 34.

(2) Aubry et Rau, 4e éd., I, § 63, p. 212, n. 19; Demolombe, I, n. 334; Toullier, I, n. 341; Duranton, I, n. 342; Demante, 2e éd., I, n. 123; Huc, I, n. 361; Planiol, I, n. 530; Surville, I, n. 119; Rieff, n. 315; Coin-Delisle, art. 99, n. 15; Mersier, n. 371; Fuzier-Herman, art. 99, n. 72. — Metz, 25 août 1863, S., 63. 2. 190, D., 64. 2. 71.

(3) Trib. Seine, 27 juill. 1897, *J. Clunet*, 1897, p. 1029. — Paris, 3 mars 1898, D., 98. 2. 120. — Civ. cass., 20 fév. 1901, S., 1902, 1. 281, note de M. Audinet, D., 1902. 1. 9, note de M. Guénée, *J. Clunet*, 1901, p. 571. — Trib. Seine, 6 août 1902 (sol. impl.), *J. Clunet*, 1903, p. 802. — Cpr. Paris, 23 juin 1898, D., 98. 2. 361, note de M. C. C.

**945.** Ces règles de compétence souffrent pourtant un certain nombre d'exceptions, les unes expressément formulées par la loi de 1893, les autres admises avant sa publication et auxquelles ses dispositions ne semblent pas contraires (1).

1° Le tribunal compétent est celui du domicile ou de la résidence du réclamant, lorsqu'il demande l'inscription de son acte de naissance et qu'il ignore où celle-ci s'est produite. Dans cette hypothèse, de nature à se présenter rarement, la règle est, en effet, inapplicable (2).

2° Lorsque la demande en rectification est formée incidemment à une autre demande, pendante devant un tribunal autre que celui de la situation des registres, ceux-ci fussent-ils à l'étranger, le tribunal saisi de la demande principale est compétent pour juger l'incident (arg. art. 856, al. 3, C. pr., et 2159, al. 1, C. civ.) (3).

3° Lorsqu'un tribunal est compétemment saisi d'une question d'état, il peut, en statuant sur cette question, ordonner la rectification de l'erreur ou de l'omission qu'il a constatée dans un acte de l'état civil (4).

4° Lorsqu'il est nécessaire de rectifier plusieurs actes reçus dans des arrondissements différents et que ces actes contiennent des erreurs qui se sont engendrées les unes les autres, il ne doit être formé qu'une demande en rectification, et elle doit être portée devant le tribunal au greffe duquel est ou sera déposé le registre renfermant l'acte où l'erreur initiale a été commise (5). Il y a dans cette solution plutôt un développement de la règle qu'une véritable dérogation à celle-ci.

(1) Delalande, *Ann. de lég. fr.*, 1893, XIIIe année, p. 145, note 1.

(2) Demolombe, I, n. 334; Mersier, n. 371; Fuzier-Herman, art. 99, n. 73 s. — Civ. cass., 14 juin 1858, S., 58. 1. 659, D., 58. 1. 247. — Rouen, 8 déc. 1858, S., 59. 2. 235. — Le tribunal de la Seine (28 avril 1883, *La Loi*, 16 juin) a décidé qu'il en devait être de même dans le cas où l'acte aurait dû être dressé à l'étranger.

(3) Aubry et Rau, I, § 63, p. 321, n. 20; Demolombe, I, n. 334; Duranton, I, n. 342; Planiol, *loc. cit.*; Rieff, n. 315; Coin-Delisle, art. 99, n. 15; Mersier, n. 371; Crépon et Lehr, n. 711; Fuzier-Herman, art. 99, n. 77. — Req. rej., 19 juill. 1809, S., 10. 1. 110, D., *Rép.*, v° *Acte de l'état civil*, n. 422. — Toulouse, 26 avril 1893, S., 96. 2. 252, D., 94. 2. 556. — *Contra* : Marcadé, I, art. 99-III, n. 299.

(4) Aubry et Rau, I, § 63, p. 321, n. 20; Demante, I, n. 127 *bis*, III.

(5) Aubry et Rau, I, § 63, p. 322, n. 21 *bis*; Mersier, n. 371; Béquet, n. 95;

5° « *La rectification des actes de l'état civil dressés du cours* » *d'un voyage maritime, aux armées ou à l'étranger, sera* » *demandée au tribunal dans le ressort duquel l'acte a été* » *transcrit conformément à la loi; il en sera de même pour* » *les actes de décès reçus en France ou dans les colonies et* » *dont la transcription est ordonnée par l'art. 80.* » (Art. 99, al. 2, modifié par la loi du 8 juin 1893).

Par actes dressés à l'étranger il faut certainement entendre, selon nous, aussi bien les actes reçus par les autorités étrangères, lorsqu'ils ont été transcrits en France, que ceux qui l'ont été par les consuls ou agents diplomatiques français (1). Déjà, antérieurement à la loi nouvelle, on décidait assez souvent que les actes dressés à l'étranger par les autorités locales étaient, suivant l'expression de Portalis, « nationalisés français » par l'effet de la transcription, et que la rectification en devait être demandée au tribunal dans le ressort duquel cette transcription avait eu lieu. Et la même règle était admise pour les actes reçus par nos agents diplomatiques ou consulaires (2). Effectivement les tribunaux français sont naturellement compétents pour ordonner la rectification des actes qui intéressent l'état civil de nos nationaux, en quelque lieu que ces actes aient été dressés. Vainement objecterait-on qu'ils sont sans qualité pour faire mentionner la rectification en marge des registres étrangers : car, s'il est incontestable que ce droit ne leur appartient pas, la rectification n'en aura pas moins son effet utile du moment qu'elle sera opérée en marge des registres français où ces actes ont été, par hypothèse, transcrits.

Mais, s'il en est ainsi, il ne semble pas que le défaut de transcription de ces actes puisse être un obstacle à ce que la

Fuzier-Herman, art. 99, n. 78 s. — Paris, 6 mai 1861, S., 61. 2. 282, D., 62. 2. 21. — Metz, 25 août 1863, S., 63. 2. 190, D., 64. 2. 71. — Limoges, 22 juillet 1895, S., 97. 2. 278, D., 97. 2. 163.

(1) Delalande, *Ann. de lég. fr.*, 1893, XIII[e] année, p. 145, note 1. — Trib. Seine, 14 août 1894 et 31 mars 1896, D., 99. 2. 389, note de S. L. L., et *J. Clunet*, 1900, p. 112. — Cpr. Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 322, n. 21 *bis*.

(2) Béquet, n. 98; Mersier, n. 371; Weiss, p. 395. — *Contra :* Chauveau sur Carré, quest. 2893 *bis;* Coin-Delisle, art. 99; Desclozeaux, n. 87; Berlin, *Ch. du conseil*, I, n. 193; Fuzier-Herman, art. 99, n. 75 et 76.

demande de rectification soit formée en France. D'une part, le motif invoqué en faveur de la solution précédente conserve toute sa force, à savoir que l'état civil des Français doit toujours pouvoir être rectifié par les juges de leur pays. D'autre part, ce n'est que dans des cas déterminés que la loi a ordonné la transcription en France des actes dressés à l'étranger qui les concernent, et par suite l'absence de transcription ne saurait les priver, lorsqu'elle n'est même pas requise, du droit de faire rectifier des actes reconnus irréguliers. Ce droit doit d'autant moins leur être dénié que rien n'empêcherait les juges qui statueraient sur la demande en rectification d'ordonner que les actes fussent transcrits en France en même temps que les jugements rectificatifs. Et enfin la souveraineté étrangère reste sauve dès lors qu'il est reconnu, comme il doit l'être nécessairement par tous, que ces juges ne sauraient aucunement donner l'ordre aux officiers publics étrangers de mentionner sur leurs registres ces jugements (1).

Quel est alors en ce cas le tribunal compétent? D'après des instructions de la Chancellerie déjà anciennes (2), ce serait celui du domicile d'origine du réclamant, et, s'il était né à l'étranger, celui du domicile d'origine de ses père et mère ou aïeuls. Dans le silence de la loi nouvelle sur ce point, rien n'empêcherait absolument de se conformer encore aujourd'hui à cette règle rationnelle (3).

Toutefois il pourrait sembler aussi que, depuis que l'art. 47, modifié par la loi du 8 juin 1893, prescrit le dépôt au ministère des affaires étrangères des actes dressés par les autorités locales à l'étranger et autorise ce ministère à en délivrer expédition, ces actes sont francisés comme s'ils

(1) Circ. du garde des sceaux du 10 août 1836, D., 38. 3. 178; Aubry et Rau, I, § 63, p. 322, n. 21 *bis;* Weiss, p. 395; Dubasty, *Des mariages contractés à l'étranger* (Thèse, Paris), 1876, p. 79; G. Bressolles, note sous Trib. Toulouse postcité; Surville, *Rev. crit.*, 1900, p. 129. — Civ. rej., 10 mars 1813, S. chr., IV. 1. 295, D., *Rép*, v° *Acte de l'état civil*, n. 447. — Paris, 4 fév. 1892, D., 92. 2. 537, et note. — Cpr. Mersier, n. 371. — Lyon, 22 juill. 1846, S., 47. 2. 49. — Req. rej., 8 déc. 1851, S., 52. 1. 161, D., 52. 1. 5. — *Contra :* Chauveau sur Carré, quest. 2893 *bis;* Coin-Delisle, art. 99; Desclozeaux, n. 87; Béquet, n. 98. — Trib. Toulouse, 25 août 1873, S., 74. 2. 57, D., 74. 5. 9.

(2) Circ. du 10 août 1836, précitée.

(3) Civ. rej., 10 mars 1813, précité. — Cpr. Surville, *loc. cit.*

avaient été transcrits, et que dès lors, à défaut de transcription, c'est le tribunal de la Seine, dans le ressort duquel s'est produite cette francisation spéciale, qui devient compétent (1).

6° « *La rectification des jugements déclaratifs des décès* » *sera demandée au tribunal qui aura déclaré le décès ; toute-* » *fois, lorsque ce jugement n'aura pas été rendu par un tribu-* » *nal de la métropole, la rectification en sera demandée au* » *tribunal dans le ressort duquel la déclaration de décès aura* » *été transcrite conformément à l'art. 92.* » (Art. 99, al. 3, modifié par la loi du 8 juin 1893). Il en serait de même, par analogie de motifs, de la rectification de tout jugement qui aurait été rendu pour tenir lieu d'acte de l'état civil (2).

7° Enfin, lorsque c'est par fraude qu'un acte de l'état civil n'a pas été dressé, a été détruit ou altéré, la rectification de cet acte peut être ordonnée par le tribunal civil, ou répressif, devant lequel est régulièrement portée l'action, civile ou publique, dirigée contre l'auteur de la fraude ou ses héritiers (arg. art. 198).

**946.** Le jugement du tribunal est, dans tous les cas, susceptible d'appel (art. 99, al. 1, et art. 858 C. pr.).

D'après l'art. 858 C. pr., le délai dans lequel pouvait être interjeté l'appel, lorsqu'il n'y a pas d'autre partie en cause que le demandeur en rectification, était de trois mois. Mais ce délai semble bien avoir été réduit à deux mois par la loi du 3 mai 1862, dont la disposition générale doit être appliquée aux jugements qui statuent sur une demande en rectification. Le délai fixé par l'art. 858 n'était, en effet, à l'époque, que le délai d'appel ordinaire : or la loi de 1862 n'a respecté que les anciens délais spéciaux. Peu importe qu'elle n'ait pas visé en particulier cet article, puisqu'il n'était qu'une application du droit commun. Ce n'est pas non plus parce que le point de départ de notre délai est le jour même de la décision, et non le jour de la signification, que ce délai devait être allongé : le demandeur étant seul en cause, c'est nécessairement du jour même de ce jugement qu'il devait commencer

(1) Trib. Seine, 14 août 1894 et 31 mars 1896, précités. — Cpr. Surville, *loc. cit.*
(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 321, n. 21.

à courir. Mais rien n'empêchait qu'il ne conservât sa durée normale (1).

Le délai de l'appel court à l'égard de toutes personnes, même du ministère public, du jour de la prononciation du jugement (art. 858 C. pr.) (2). Et on doit décider par analogie que le délai du pourvoi en cassation court du jour même de la prononciation de l'arrêt (3).

### III. *Par qui la rectification d'un acte de l'état civil peut être demandée.*

**947.** La rectification d'un acte de l'état civil ne peut être demandée que par les intéressés. Mais un intérêt moral peut servir de base à la demande aussi bien qu'un intérêt pécuniaire. Et, conformément au droit commun, l'intérêt pécuniaire doit être né et actuel, c'est-à-dire existant dès à présent (4).

Cette faculté ne saurait être déniée aux parties intéressées sous le prétexte qu'il n'y a lieu à rectification que par leur faute, ou, moins encore, qu'elles ont antérieurement reconnu la vérité de l'énonciation dont elles demandent le redressement. Ces fins de non-recevoir doivent être certainement écartées, dans l'intérêt même de la sincérité et de la régularité des actes de l'état civil ; et l'état d'une personne ne saurait être compromis ou altéré, ni par son fait, ni par celui d'un tiers (5).

**948.** En principe, le ministère public ne peut prendre l'ini-

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 322, n. 21 *ter* ; Huc, I, n. 361 ; Chauveau sur Carré, *Lois de la procéd. civ.*, VII, *Suppl.*, p. 777 ; Rousseau et Laisney, *Dict. de proc.*, I, v° *Acte de l'état civil*, n. 22 ; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *Leçons de procéd. civ.*, II, n. 1105. — *Contra :* Mersier, n. 386 ; Bioche, *Dict. de procéd.*, I, v° *Acte de l'état civil*, n. 75. — Bordeaux, 15 fév. 1888, S., 88. 2. 192, D., 89. 2. 197, et note.

(2) Aubry et Rau, I, § 63, p. 323, n. 23. — Civ. rej., 27 mai 1862, S., 62. 1. 877, D., 62. 1. 216. — Civ. rej., 24 nov. 1897, S., 1900. 1. 336, D., 98. 1. 365. — Req. rej., 23 janv. 1900, S., 1900. 1. 336, D., 1900. 1. 175.

(3) Cf. note précédente.

(4) Aubry et Rau, I, § 63, p. 317, n. 9 ; Demolombe, I, n. 333 ; Laurent, II, n. 30 ; Huc, I, n. 360 ; Beudant, I, n. 129 ; Planiol, I, n. 531 ; Fuzier-Herman, art. 99, n. 45 s. — Paris, 19 avril 1834, S., 34. 2. 297, D., 34. 2. 112. — Lyon, 11 mars 1842, S., 42. 2. 165, D., 42. 2. 167. — Limoges, 5 déc. 1860, sous Cass., S., 63. 1. 433, D., 63. 1. 451.

(5) Huc, I, n. 360 ; Fuzier-Herman, art. 99, n. 49. — Bastia, 5 août 1840, D., 40. 2. 220. — Trib. civ. Seine, 11 janv. 1889, *Le Droit*, 22 janv.

tiative d'une demande en rectification (1). La loi assigne, en effet, au procureur de la République le rôle de partie jointe dans les instances de cette nature, en le chargeant seulement de donner ses conclusions (art. 99, al. 4). C'est dire implicitement qu'il n'a pas le droit de former une pareille demande, ce qui lui ferait jouer le rôle de partie principale. En outre tous les textes ne reconnaissent cette faculté qu'aux parties intéressées, ce qui paraît bien exclure le ministère public, qui, en général, n'est pas investi du droit d'action en matière civile et n'exerce ses fonctions que par voie de réquisition (2).

**949.** Le ministère public peut, toutefois, former exceptionnellement une demande en rectification dans trois cas :

1° Lorsque l'acte à rectifier intéresse un indigent (Décisions ministérielles du 6 brumaire an XI ; tarif criminel du 18 juin 1811, art. 122 ; loi de finances du 25 mars 1817, art. 75-1°, et loi du 10 décembre 1850, art. 3). Ce dernier texte donne formellement au procureur de la République mission de poursuivre les rectifications d'actes de l'état civil nécessaires au mariage des indigents (3).

2° Lorsque la déclaration prescrite par la loi du 10 juillet 1850, relativement au contrat de mariage des époux, a été omise ou est erronée : l'art. 76 C. civ., dernier al., accorde

(1) Cf. Debacq, *De l'action du min. publ en matière civile,* Paris, 1867, p. 194 s. ; Alglave, *Action du ministère public,* Paris, 1874-1875, p. 470 s. ; Crépon, *Le min. public a-t-il qualité pour provoquer la rectific. des actes?* (Angers, 1860) ; Laborie, *Rapport,* S., 62. 1. 259, D., 62. 1. 17 ; Lafontaine, *Rev. crit.,* 1862, XX, p. 385 s. ; Maurice Leven, *De l'exercice de l'action civile par le ministère public, Rev. trim. de dr. civil,* 1902, p. 528. — Cf. au surplus, Dramard, *Bibliographie,* n. 363 s.

(2) Thibaudeau, *Exp. des motifs,* Locré, *Lég.,* III, p. 147 et 148, n. 24 ; Chabot, *Disc. au corps lég.,* Locré, *Lég.,* III, p. 238, n. 28. — Avis C. d'Etat des 8-12 brum. an XI. — Aubry et Rau, I, § 63, p. 317, n. 10 ; Demolombe, I, n. 333 ; Demante, I, n. 127 *bis,* I ; Laurent, II, n. 31 ; Huc, I, n. 360 ; Mersier, n. 372 ; Fuzier-Herman, art. 99, n. 54.

(3) Aubry et Rau, I, § 63, p. 317, n. 11 ; Demolombe, I, n. 333 ; Duranton, I, n. 339 ; Demante, I, n. 127 *bis,* II ; Laurent, II, n. 31 ; Huc, I, n. 360 ; Surville, I, n. 121 ; Fuzier-Herman, art. 99, n. 54 s. ; Mersier, n. 373. — Toulouse, 1er août 1836, S., 37. 2. 185, D., 38. 2. 112. — Angers, 27 fév. 1846, D., 46. 2. 85. — Cpr., sur le visa pour timbre et l'enregistrement gratuit du jugement en pareil cas, Sol. Régie, 16 juil. 1900, D., 1901. 5. 24?.

au procureur de la République la faculté de demander, à cet égard, la rectification de l'acte de mariage.

3° Lorsqu'enfin la rectification intéresse l'ordre public : soit, par exemple, que, pour soustraire un enfant mâle à l'application des lois sur le service militaire, on l'ait fait porter dans son acte de naissance comme étant du sexe féminin ; soit qu'un acte de l'état civil attribue à quelqu'un des noms, titres ou qualifications nobiliaires qui ne lui appartiennent pas. — Cette exception, déjà consacrée par l'ordonnance de 1667 (tit. XX, art. 14), résulte de l'avis du conseil d'Etat des 8-12 brumaire an XI, et aussi, aux yeux de certains auteurs, de l'art. 46, al. 2, de la loi du 20 avril 1810, qui, d'après eux, reconnaîtrait au ministère public le droit d'agir en justice dans toutes les circonstances où l'ordre public est intéressé. Elle a été, d'autre part, confirmée par le décret du 18 juin 1811 (art. 122) et l'art. 75 de la loi du 25 mars 1817. Très généralement admise par la doctrine, cette exception est également reconnue depuis 1862, d'une façon constante, par la cour de cassation, qui a sur ce point condamné sa jurisprudence antérieure (1).

(1) Aubry et Rau, I, § 63, p. 318, n. 12 à 14 ; Demolombe, I, n. 333 ; Duranton, I, n. 339 ; Valette, *Explic. som.*, p. 46 ; Demante, I, n. 127 *bis*, II ; Marcadé, I, art. 99-II, n. 297 ; Laurent, II, n. 32 ; Beudant, I, n. 129 ; Surville, I, n. 121 ; Coin-Delisle, art. 99, n. 5 ; Rieff, n. 313 ; Mersier, n. 372 ; Desclozeaux, § 7 ; Ortolan et Ledeau, *Le ministère public*, I, p. 101 ; Anglave, *op. cit.*, p. 78 s. et 470 s. ; Debacq, *op. cit.*, p. 200 s. ; Bertin, *Ch. du Conseil*, I, n. 149 et 150 ; Chauveau sur Carré, quest. 2896 ; Lallier, *op. cit.*, n. 160 s. ; Fuzier-Herman, art. 99, n. 58 s. ; Crépon, *op. cit.* ; Grand, *Rev. prat.*, 1860, X, p. 305. — Poitiers, 9 mai 1843, et 26 mai 1846, S., 46. 2. 462 et 463. — Civ. rej., 22 janv. 1862, S., 62. 1. 257, rapp. de M. Laborie et concl. de M. Dupin, D., 62. 1. 5, note de M. Brésillion. — Civ. cass., 24 nov. 1862, S., 63. 1. 30, D., 62. 1. 477. — Req. rej., 25 mars 1867, S., 67. 1. 215, D., 67. 1. 300. — Req. rej., 25 mai 1869, S., 69. 1. 308, D., 69. 1. 413. — Cass. belge, 5 mai 1881, S., 81. 4. 44, D., 81. 2. 240, concl. de M. Faider. — Trib. Château-Chinon, 29 juin 1900, sous Bourges, 30 janv. 1901, S., 1904. 2. 27, D., 1903. 2. 325. — Civ. rej. (sur ce point) et cass. (sur ce point), 24 déc 1901 (2 arrêts), S., 1902. 1. 353, note de M. Perreau, D., 1902. 1. 361, note de L. S. — *Contra* : Merlin, *Rép.*, v° *Actes de l'état civil*, § 4 ; Delvincourt, I, p. 33, n. 44 ; Huc, I, n. 360 ; Hulteau d'Origny, tit. IX, ch. I, § 2, n. 3 ; Massabiau, *Manuel du ministère public*, I, n. 793 ; Bonnier, *Procéd. civ.*, art. 856 ; Dutruc, *Mémorial du min. public*, I, v° *Action directe et d'office*, n. 5 s. ; Girard de Vasson, *Rev. crit.*, 1856, VIII, p. 50 ; Lafontaine, *Rev. crit*, 1862, XX, p. 385. — Req. rej., 21 nov. 1860, S., 61. 1. 33, D., 60. 1. 473. — Req. rej., 19 déc. 1860, S., 61. 1. 47, rapp. de M. d'Ubexi, D., 61. 1. 87. — Cpr. Planiol, I, n. 532.

**950.** Quant à déterminer les cas dans lesquels la rectification intéresse l'ordre public, c'est ce qu'on ne saurait faire doctrinalement et par avance d'une façon précise ; mais on ne saurait non plus conclure de cette impossibilité que cette exception doit être rejetée, comme on l'a prétendu. Il ne suffira sans doute pas, pour que le ministère public puisse agir, que l'ordre social soit, par quelque côté que ce soit, intéressé à ce qu'il agisse, comme semblerait l'impliquer la formule par laquelle on traduit généralement l'exception. Sans quoi son action serait toujours recevable (1), puisqu'il y a un intérêt public de premier ordre à ce que l'état de chacun soit correctement et régulièrement constaté. Ce qu'il faut dire, c'est que la rectification ne peut être demandée par les magistrats du parquet que tout autant qu'elle est nécessaire pour empêcher la violation d'une loi d'ordre public, dans le sens que nous avons défini. L'ordre public n'est pas alors seulement intéressé à ce que les actes de l'état civil soient exactement dressés : il l'est, en outre et surtout, parce qu'il serait encore et par un autre côté plus particulièrement blessé si la rectification n'intervenait pas, comme si, par exemple, grâce à l'erreur commise, un individu se dérobait à l'obligation du service militaire ou s'appropriait un titre auquel il est sans droit (2).

En d'autres termes, c'est d'après l'objet de la rectification qu'il faut déterminer si le ministère public a ou n'a pas le droit d'agir, et il ne le possède que si son inaction devait avoir pour résultat d'entraver l'application d'une loi d'ordre public ou d'en favoriser la violation (3).

**951.** Il résulte des propositions précédentes que le ministère public a qualité pour interjeter appel, quel qu'ait été son rôle en première instance, des décisions intervenues sur des demandes en rectification qu'il aurait eu lui-même le droit de

(1) En ce sens, cf. note de M. L. S., sous Civ. rej. et cass., 24 déc. 1901, D., 1902. 1. 361.

(2) Cf. *supra*, n. 294 *bis*-XVIII et XXXVIII.

(3) Cpr. Demante, I, n. 127 *bis*, II; Laurent, II, n. 32; Beudant, *loc. cit.*; Planiol, *loc. cit.*; Fuzier-Herman, art. 99, n. 59 s.; Mersier, n. 372, obs. II; Alglave, *op. cit.*, p. 11; Lallier, *op. cit.*, n. 162 s.

former, ou ordonnant une rectification à laquelle il doit s'opposer au nom de l'ordre public (1).

**952.** Au surplus il faut noter que, d'après la loi elle-même, la rectification intervient sur l'action intentée par le ministère public, lorsque cette rectification doit être le résultat d'une procédure criminelle (art. 198 et 199) (auquel cas, il est vrai, elle est la conséquence plutôt que l'objet de cette procédure), ou d'une demande dirigée au civil contre les héritiers d'un officier de l'état civil, en présence et sur la dénonciation des parties intéressées, par le procureur de la République (art. 200) (cas où il représente au reste à la fois ces parties et la société). Toutefois il s'agit plutôt alors, ainsi qu'on le verra, d'une reconstitution de l'acte que d'une rectification proprement dite, et cette distinction est bien loin d'être une simple question de mots (2).

### IV. *Procédure de la demande en rectification.*

**953.** La demande en rectification s'introduit par une requête adressée au président du tribunal, qui commet un rapporteur et ordonne la communication au ministère public, partie jointe dans l'instance. « *Le procureur de la République*, dit l'art. 99, al. 4, modifié par la loi du 8 juin 1893, *sera entendu dans ses conclusions* » (Cf. art. 83-2°, 855 et 856 C. pr.). Des règles toutes semblables avaient été posées, dans le silence des actes royaux, par notre ancienne jurisprudence (3).

Le tribunal peut d'autre part, dans tous les cas, ordonner la convocation d'un conseil de famille, qui sera chargé de donner son avis sur la demande (4). Il peut enfin, si la recti-

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 323, n. 22 ; Debacq, *op. cit.*, p. 139 ; Lallier, *op. cit.*, n. 165 ; Fuzier-Herman, art. 99, n. 66 s. ; Perreau, *Note*, sous Civ. rej. et cass., 24 déc. 1901, S., 1902. 1. 353. — Civ. cass., 24 nov. 1862, S., 63. 1. 30, D., 62. 1. 477. — Paris, 3 juin 1867, S., 68. 2. 191, D., 67. 2. 97, note de M. Debacq. — *Contra :* Montpellier, 10 mai 1859, S., 60. 2. 369, D., 60. 2. 143. — Dijon, 11 mai 1860, S., 60. 2. 369, D., 60. 2. 143. — Req. rej., 21 nov. 1860, précité.

(2) Cf. notre tome III, n. 1979 s.

(3) Thibeaud, *op. cit.*, p. 118.

(4) Demolombe, I, n. 334. — Cpr. Coin-Delisle, art. 99, n. 22; Richelot, I, n. 200.

fication demandée intéresse d'autres personnes que les réclamants, ordonner leur mise en cause, afin que le jugement à intervenir ait, même par rapport à elles, l'autorité de la chose jugée, qu'il n'aurait pas sans cela. « *Les parties intéressées seront appelées, s'il y a lieu* » (art. 99 *in fine*, et 856 C. pr.). La demande doit être alors formée par exploit, sans préliminaire de conciliation, ou, si les parties sont déjà en instance, par acte d'avoué à avoué (art. 856 C. pr.) (1).

**954.** Cette procédure spéciale est-elle encore applicable au cas où la demande en rectification est de nature à soulever une question d'état, en ce sens qu'elle doit avoir pour résultat, non pas seulement le redressement d'une erreur sans influence sur l'état de la personne, mais encore l'attribution à celle-ci d'un état autre que celui qui lui est reconnu par l'acte à rectifier? La question, qui ne laisse pas d'être délicate, est très généralement résolue dans le sens de la négative, par ce motif qu'on ne doit pas confondre l'action en réclamation d'état et l'action en rectification d'un acte de l'état civil. Dans celle-ci, remarque-t-on, la rectification est l'objet unique de la demande; elle n'est, au contraire, que l'accessoire de la première, qui a pour objet principal la détermination de l'état d'une personne. Il y a donc lieu, dit-on, d'observer alors « les règles ordinaires de compétence et de procédure en matière personnelle, et aussi, quant au fond et au mode de preuve, les conditions spécialement exigées par la loi (art. 312, 318, 323 et 341) », sans quoi on pourrait craindre que ces conditions ne fussent éludées (2).

(1) Fuzier-Herman, art. 99, n. 84 s. — L'instance appartient alors à la juridiction contentieuse. Il en est de même si, ayant été introduite par voie de requête et sans qu'il y ait eu contradicteur, le ministère public intervient comme partie principale pour la contredire. Dans tout autre cas, elle appartient à la juridiction gracieuse. — Sur les conséquences de cette précision, cf. Civ. cass., 24 déc. 1901 (2 arrêts), S., 1902. 1. 353, note de M. Perreau, D., 1902. 1. 9. — Trib. Mayenne, 13 août 1902, D., 1903. 2. 222. — Cf. aussi Angers, 12 août 1901, S., 1904. 2. 29.

(2) Demolombe, I, n. 334; Duranton, I, n. 340 et 341; Demante, I, n. 128 *bis;* Marcadé, I, art. 99-III, n 300; Huc, I, n. 361; Beudant, I, n. 131; Coin-Delisle, art. 99, n. 18; Hutteau d'Origny, tit. IX, ch. Ier, § 1, n. 6; Mersier, n. 371; Chéneaux, *op. cit.*, n. 203; Fuzier-Herman, art. 99, n. 13 s., et n. 90 s.; Lallier, *op. cit.*, n. 173. — Bordeaux, 11 juin 1828, S., 29. 2. 29, D., 29. 2. 41. — Alger, 16 déc. 1878, S., 80. 2. 15. — Req. règl., 13 nov. 1882, S., 83. 1. 272, D., 84. 1. 120. — Cpr.

Nous inclinons plutôt vers l'opinion opposée, enseignée par MM. Aubry et Rau (1) : la procédure spéciale organisée pour les demandes en rectification nous paraît toujours admissible, quelles que soient la nature et la portée de celles-ci, et alors même qu'elles impliquent la solution d'une question d'état. D'une part, en effet, comme le remarquent les savants auteurs, beaucoup de demandes impliquent des questions de cette nature, demandes pourtant qui, de l'aveu de tous, peuvent s'introduire par voie de simple requête. N'en est-il pas ainsi, notamment, même de la demande d'inscription d'un acte de naissance qui n'a pas été inscrit dans le délai légal, puisqu'elle tend à faire attribuer à l'enfant une certaine filiation et à ses auteurs les qualités de père et mère? La distinction entre les demandes qui soulèvent et celles qui ne soulèvent pas une question d'état est donc extrêmement indécise. D'autre part, on n'aperçoit guère les inconvénients que pourrait avoir la solution adoptée. Car il va de soi, d'abord, que la demande en rectification qui cacherait une réclamation d'état véritable serait soumise à toutes les conditions de fond auxquelles serait assujettie la réclamation directe elle-même (2) : qu'importe effectivement, à ce point de vue, qu'une personne intente directement contre ses prétendus auteurs une action par laquelle elle cherche à établir sa filiation, ou que, sous la forme d'une demande en rectification de son acte de naissance, elle tente de se la faire reconnaître? Puis la faculté qu'a le juge de faire mettre en cause toutes les personnes intéressées à contredire la demande, comme aussi l'autorité purement relative du jugement de rectification, inopposable à tous ceux qui n'ont pas été parties ou représentés à l'instance, opposeraient de sérieux obstacles au calcul d'un réclamant qui songerait à prendre la voie indiquée pour se faire reconnaître, plus facilement que par la voie d'une réclamation d'état proprement dite, l'état qu'il prétend être le sien. Au

Civ. rej., 14 mai 1834, S., 34. 1. 847, D., 34. 1. 245. — Agen, 27 nov. 1866, S., 67. 2. 138, D., 66. 2. 235.

(1) I, § 63, p. 316 et 317, n. 5 et 6. — Cpr. Req. rej., 9 janv. 1854, S., 54. 1. 689, D., 54. 1. 185.

(2) Trib. Seine, 11 avril 1891, *Le Droit*, 26 avril.

surplus, n'est-ce pas principalement en vue des demandes en rectification de la nature de celles dont nous parlons qu'il est permis au juge d'ordonner la mise en cause de tous les intéressés?

### V. *Effets du jugement de rectification.*

**955.** « *Le jugement de rectification ne pourra, dans aucun* » *temps, être opposé aux parties intéressées qui ne l'auraient* » *point requis, ou qui n'y auraient pas été appelées* » (art. 100).

Cette disposition n'est qu'une application aux jugements de rectification du principe de l'autorité relative de la chose jugée, déposé dans l'art. 1351 C. civ. : *Res inter alios judicata aliis neque nocere neque prodesse potest.* Conformément à ce principe, ils n'ont donc que des effets limités, du moins lorsqu'ils statuent sur une action en rectification proprement dite (1) : mais quels sont exactement ces effets?

Il semble bien résulter de notre disposition que la rectification est absolument inopposable à tous les intéressés qui n'ont pas été parties ou représentés dans l'instance.

Cette interprétation a pourtant été contestée. S'il en était ainsi, a-t-on dit (2), la rectification manquerait son but, qui est, en redressant l'acte, de lui donner la même force probante qu'il aurait eue s'il avait été régulièrement rédigé dès l'origine. Dès lors il doit pouvoir être opposé à toute personne à laquelle il aurait pu l'être auparavant. Mais, et c'est là tout ce que signifie l'art. 100, la preuve contraire reste, comme pour un acte ordinaire, réservée à tous ceux qui n'ont pas figuré dans la procédure de rectification, tandis que l'acte rectifié fait absolument foi à l'égard des autres.

La subtilité de cette argumentation ne doit cependant pas faire illusion sur sa valeur. L'art. 100 dit que le jugement de rectification ne peut pas être opposé à ceux qui n'ont point

(1) C'est une question célèbre, en effet, qui sera examinée au titre *De la paternité et de la filiation*, que celle de savoir si les jugements qui ont statué sur une réclamation d'état véritable n'ont pas d'effets plus amples. — Cf. aussi Paris, 10 fév. 1898, D., 1900. 2. 57.

(2) Petiet, *Rev. crit.*, 1887, XVI, p. 600, note 1.

été en cause. Or ne serait-ce pas lui donner effet à l'égard des tiers que d'admettre celui qui l'a obtenu à s'en prévaloir à leur égard, sauf à eux à faire la preuve que la rectification a été ordonnée à tort, et changer de la sorte la situation de défendeurs qui leur appartenait jusque-là, aux termes de l'article, contre celle de demandeurs? Il est vrai qu'on eût pu très raisonnablement étendre l'autorité de ce jugement, pour qu'il tînt lieu complètement de l'acte auquel il s'applique. Mais il faut aussi reconnaître qu'en fait, même avec ses effets restreints, la rectification n'en conserve pas moins une réelle utilité, puisqu'elle reste acquise à l'égard de tous ceux qui n'ont pas d'intérêt personnel à y contredire ou de moyens pour le faire utilement (1). Il n'est peut-être pas jusqu'au mode selon lequel s'opère la délivrance des extraits d'actes rectifiés qui ne montre que la décision ne fait nullement corps, au point de vue de l'autorité qu'elle possède, avec l'acte auquel elle se rapporte; car, dans ces expéditions, l'acte est reproduit dans sa teneur primitive, et complété seulement par l'énonciation de la rectification ordonnée, comme si les tiers devaient par là même être avertis que les énonciations de l'acte et du jugement qui le redresse n'ont pas envers eux la même force probante. Tandis que les premières en effet font foi *erga omnes,* les secondes n'ont nulle autorité à l'égard de ceux qui n'ont pas figuré dans l'instance et qui ont intérêt à les méconnaître. Cette solution est corroborée au surplus par la suppression de la disposition du projet primitif d'après laquelle les tiers ne pouvaient contester l'autorité du jugement rendu que par la voie de la tierce opposition, qui, aujourd'hui, au contraire, ne leur est plus nécessaire (2).

**956.** Ainsi entendue, l'application de l'art. 100 ne comporte-t-elle cependant pas certaines réserves? Spécialement le jugement par lequel une personne se fait reconnaître le

(1) Cette constatation montre, à notre sens, que, contrairement à ce qu'on a dit, la publicité qui résulte de la transcription du jugement n'importe pas seulement aux ayant-cause universels des parties, quoiqu'il n'ait pas d'autorité vis-à-vis des tiers : c'est que souvent les tiers s'inclineront en fait spontanément devant son autorité. — Cf. cep. Chéneaux, *op. cit.,* n. 206.

(2) Cpr. Chéneaux, *op. cit.,* n. 205.

droit de porter un nom déterminé est-il absolument inopposable aux tiers, porteurs du même nom, qui n'y ont pas été parties ?

D'après la généralité des auteurs (1), la tierce opposition ne serait nécessaire de la part des tiers que tout autant que, sans se borner à repousser l'application du jugement à leur égard, ils en demanderaient la rétractation, pour empêcher que l'acte réformé pût être délivré à l'avenir avec les rectifications qu'il a subies. Mais cette opinion, qui paraît seule conforme aux principes, a été contredite. L'indivisibilité du nom, a-t-on dit (2), exige qu'on en fasse usage à l'égard de tous, aussi bien de ceux vis à-vis desquels le droit de porter le nom n'est pas établi que de ceux auxquels on a judiciairement imposé le respect de cette prétention : à moins d'être dénué de tout effet, même vis-à-vis des personnes contre lesquelles il a été obtenu, le jugement doit conférer au réclamant *erga omnes* le droit de porter le nom qu'il lui a reconnu, jusqu'à ce que les tiers lui aient victorieusement contesté ce droit, auquel cas il ne pourra plus, en vertu de ce nouveau jugement et à raison de l'indivisibilité du nom, faire usage de celui-ci envers personne.

Cette objection n'est, selon nous, que spécieuse : son vice est de procéder d'une confusion entre le fait et le droit. En fait, sans doute, le réclamant, en prenant le nom que le jugement de rectification lui reconnaît, le prend à l'égard de tous, parce qu'il faut le porter complètement ou renoncer absolument à le faire. En droit, il n'a de titre à opposer qu'à ceux contre lesquels le jugement a été obtenu : au regard des tiers ce titre n'existe pas. Il est vrai que ces tiers, pour faire cesser cette possession de fait et ce qu'ils considèrent comme une usurpation, devront prendre l'offensive : mais, en la prenant, qu'on l'observe bien, ils lutteront en réalité, non contre la rectification elle-même, qui ne leur est pas opposable, mais contre la prétention de celui qui prend le même nom qu'eux.

(1) Aubry et Rau, I, § 63, p. 323 et 324, n. 24 ; Demolombe, I, n. 336 ; Demante, I, n. 129 *bis;* Laurent, II, n. 33 ; Huc, I, n. 362 et 363. — Cf. Fuzier-Herman, art. 100, n. 1 s., et Demolombe, V, n. 310. — Cpr. Planiol, I, n. 534.

(2) Lallier, *op. cit.*, n. 177 ; Chéneaux, *op. cit.*, p. 127, note 1.

tout comme si, de son autorité privée et sans titre judiciaire, il s'était arrogé le droit de le porter. Et ce qui le démontre de plus en plus, c'est que, dans l'instance par eux introduite, ce sera au défendeur à établir son droit au nom, sans qu'il lui soit permis de se prévaloir à cet égard de la décision qu'il a obtenue. C'est donc bien que, quoique de fait il ait paru l'invoquer *erga omnes* en portant ce nom, parce qu'elle ne pouvait être exécutée pour partie, elle n'en reste pas moins, en droit, inopposable aux tiers.

Dès lors, il nous paraît résulter de l'opinion commune que les tiers peuvent, puisque le jugement de rectification ne saurait leur être opposé, faire rétracter la rectification, non seulement par la voie de la tierce opposition, mais par celle d'une action en rectification proprement dite, puisqu'ils ont la qualité d'intéressés; auquel cas, s'ils triomphent, l'emploi du nom sera complètement interdit, en fait, au réclamant, quoique, en droit, il ait cependant la faculté de continuer à le porter vis-à-vis de ceux qui avaient été parties à la rectification primitive (1).

**956** ***bis***. La plupart des auteurs ont écrit que, par dérogation à la règle générale qui vient d'être posée, et en vertu de l'avis du Conseil d'Etat des 8-12 brumaire an XI, les jugements qui ordonnent l'inscription sur les registres de l'état civil d'un acte qui n'avait pas été dressé dans les délais légaux, ont une autorité absolue, égale à celle des actes qui auraient été régulièrement dressés. Ils expliquaient même que cette décision est parfaitement rationnelle, puisque l'intervention judiciaire a simplement pour objet de soumettre à un contrôle rigoureux la déclaration tardive et que, après que ce contrôle s'est exercé, l'acte qu'on va dresser doit équivaloir entièrement à celui qui aurait existé s'il n'avait été omis (2).

Mais la vérité est qu'on ne s'est aperçu que depuis peu que le texte communément donné par tous les recueils, et tel qu'il

(1) Cpr. Lallier, *loc. cit.*

(2) Dastarac, *op. cit.*, p. 31 et 32; R. Bufnoir, *op. cit.*, p. 62 et 63; Chéneaux, *op. cit.*, n. 212.

avait été primitivement inséré dans le *Bulletin des lois* lui-même (1), avait été ultérieurement l'objet d'un erratum (2), qui, en retranchant la négation qui y avait été à tort introduite, rétablissait la seule lecture qui fût d'ailleurs conforme au sens général de l'avis. En effet cet avis décide en réalité que, pour mieux garantir l'état des familles, les actes omis ne peuvent être inscrits sur les registres qu'en vertu de jugements, et que, malgré toutes les précautions dont ils devront être entourés, « ces jugements *peuvent même être attaqués, en tout état, par les parties qui n'y auraient pas été appelées* », ce qui n'est que l'application du principe général de l'art. 100 (3).

**957.** La rectification une fois ordonnée, comment doit-elle être opérée? « *Les jugements de rectification,* dit l'art. 101, » modifié par la loi du 8 juin 1893, *seront transmis immédia-* » *tement par le procureur de la République à l'officier de l'état* » *civil du lieu où se trouve inscrit l'acte réformé. Ils seront* » *transcrits sur les registres, et mention en sera faite en marge* » *de l'acte réformé.* »

Ainsi, de même que le prescrivait la Déclaration de 1736 (art. 30), on ne fait subir aucune altération matérielle à l'acte rectifié, et c'est ce qu'exprime plus nettement encore l'art. 857 C. pr. Puis, d'après cet article, l'acte ne doit plus être délivré qu'avec les rectifications ordonnées, à peine de dommages-intérêts contre l'officier de l'état civil.

**958.** Au surplus le mode de transcription des jugements de rectification et de délivrance des actes rectifiés a fait l'objet d'un avis du conseil d'État des 23 février-4 mars 1808, rendu indispensable par les difficultés qui s'élevèrent à cet égard à Paris entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire, dans les premiers temps qui suivirent la promulgation du Code civil. Consacrant, comme plus expéditif et plus économique, le mode suivi par le greffier du tribunal, l'avis prescrit, à très juste titre, de mentionner en marge de l'acte réformé, non pas

(1) *Bull. des Lois,* 3e série, VII, *Bull.* n. 225, acte n. 2067, p. 93 et 94.
(2) *Bull. des Lois,* 3e série, VII, *Bull.* n. 238, p. 304 *in fine : Errata.*
(3) Planiol, I, n. 547, p. 260, note 2.

seulement la date du jugement de rectification, mais la teneur de la rectification ordonnée. Cette mention complète ainsi l'acte à elle seule, sans qu'il soit besoin de se reporter au jugement et d'en lever une expédition (1).

(1) Cf. Duranton, I, n. 340 et 348 ; Demante, I, n. 130 *bis*, I ; Rieff, n. 324 ; Béquet, n. 148 ; Mersier, n. 382 ; Fuzier-Herman, art. 101, n. 1 et 2.

# DU DOMICILE

(Livre Ier, titre III du Code civil) (1).

## SECTION PREMIÈRE

### NOTIONS GÉNÉRALES

### § I. *Définitions.*

**959.** Domicile, résidence, habitation, ces trois mots expriment, à notre sens, des choses différentes.

Le domicile est le siège légal, le siège juridique d'une personne : c'est la relation permanente que la loi établit en droit entre cette personne et un certain lieu, où elle est supposée toujours présente. L'établissement de cette relation était une nécessité, pour assurer la stabilité des rapports des individus avec l'autorité publique ou avec les autres particuliers. Sans elle, par des déplacements successifs, des établissements instables et momentanés, il eût été en leur pouvoir d'échapper à toutes les recherches ou à toutes les poursuites ou du moins de les prolonger longtemps. La théorie du domicile a eu pour objet de donner une certaine fixité en droit, sinon en fait, au siège de la personne. Grâce à elle, celle-ci se trouve rattachée de force à un lieu déterminé où elle est censée toujours se trouver, de telle sorte que ses absences ne peuvent plus nuire qu'à elle-même, et ce lieu est celui de son principal établissement (2).

Le domicile tel qu'on vient de le définir est une abstrac-

(1) Desquiron, *Traité du domicile et de l'absence,* Paris, 1812.

(2) Cpr. Aubry et Rau, I, § 141, p. 881, n. 1 ; Demolombe, I, n. 338 ; Demante, I, n. 132 ; Huc, I, n. 366 ; Beudant, I, n. 149 et 150 ; Planiol, I, n. 556 ; Surville, I, n. 123.

tion. Mais en un sens concret, on entend par domicile le lieu même où l'on est domicilié, la base matérielle, l'assiette du domicile juridique (1).

**960.** La résidence est le siège réel, le siège de fait de la personne. Elle est au lieu où la personne demeure ordinairement, par conséquent soit au domicile (dans le sens concret du mot), soit ailleurs (2). Un même individu peut certainement avoir plusieurs résidences, une résidence d'été et une résidence d'hiver, par exemple.

**961.** Enfin l'habitation est le lieu où se trouve tout momentanément une personne. Elle est partout où l'on se fixe, même pour un temps très court, en voyage, par exemple, dans toutes les localités où l'on s'arrête pour y faire un séjour, si bref qu'il doive être.

**962.** On le voit, la résidence et l'habitation résultent d'un lien de fait plus ou moins durable entre une personne et un certain lieu où elle habite temporairement (ordinairement, ce qui caractérise la résidence, ou accidentellement, ce qui caractérise la simple habitation), lien aussi facile à rompre qu'à nouer; tandis que le domicile résulte d'un lien beaucoup plus résistant, d'un lien de droit entre la personne et un certain lieu, où se trouvent concentrés ses intérêts.

Les auteurs ne font pas en général la distinction qui vient d'être établie entre la résidence et l'habitation (3). Elle semble cependant dériver, non seulement du sens usuel de ces mots, mais aussi de plusieurs dispositions de la loi, qu'elle permet seule d'appliquer raisonnablement. Ainsi l'ancien art. 13 décidait expressément que l'étranger qui avait en

(1) D'après M. Planiol (I, n. 554-556), on ne devrait même pas donner d'autre définition du domicile, sous peine d'en rendre, par trop d'abstraction, la notion tout à fait obscure. Et néanmoins il veut bien reconnaître aussi que certaines des hypothèses prévues par les dispositions de la loi relatives au domicile ne sauraient « rentrer dans la définition normale » à laquelle il prétend qu'on doit se tenir. N'est-ce pas parce que cette définition, sous prétexte de clarté, donne du domicile une idée beaucoup trop matérialiste?

(2) Cpr. Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 885; Beudant, *loc. cit.*; Planiol, I, n. 556 et n. 608-610; Surville, I, n. 123. — Sur la distinction du domicile et de la résidence, cf. Civ. cass., 27 avril 1900, S., 1901. 1. 243. — Civ. cass., 10 juin 1901, S., 1902. 1. 95.

(3) Cpr. Demolombe, I, n. 344; Laurent, II, n. 71. — Cf. cep. Beudant, *loc. cit.*

France un domicile autorisé y jouissait des droits civils, tant qu'il continuait d'y « résider ». Or tout le monde admettait, comme on le fait encore aujourd'hui, que quelques absences, pour affaires par exemple, ne faisaient pas perdre à l'étranger le bénéfice de cette jouissance. C'est qu'en effet l'habitation, à titre passager, en un autre lieu que celui où l'on a sa résidence n'empêche pas que l'on continue à résider en ce dernier lieu, de même que la résidence en un lieu autre que celui où l'on a son domicile n'empêche pas que l'on conserve son domicile en ce dernier endroit. — De même, d'après l'art. 103, le changement de domicile s'opère par le fait de l' « habitation réelle » dans un autre lieu, joint à l'intention d'y fixer son principal établissement. Or ce n'est pas une résidence que la loi exige ici, ce qui supposerait un séjour d'une certaine durée : elle se contente de l'habitation, qui se réalise aussitôt qu'on s'est transporté dans le nouveau lieu où on veut établir son domicile et que l'on en a pris possession. — Enfin l'art. 69-8° C. pr. dispose que, lorsque le domicile du défendeur est inconnu, il sera assigné au lieu de sa résidence actuelle. Or nul ne soutiendrait apparemment que, si le défendeur s'est absenté du lieu où il a sa résidence, il pourrait être assigné là où il habite passagèrement.

Notre distinction paraît donc justifiée. Mais il faut reconnaître que la loi ne s'est pas toujours strictement conformée à la terminologie qui vient d'être précisée. C'est ainsi que dans l'art. 184 C. pén., qui parle de la violation du domicile, le mot domicile est pris dans le sens d'habitation, que dans l'art. 270 du même Code, relatif au vagabondage, par domicile il faut entendre résidence, et que dans l'art. 3, 3e al., C. civ. le mot « résidant » comprend à la fois, comme on l'a vu, et ceux qui ont leur domicile, et ceux qui n'ont que leur résidence à l'étranger.

## § II. *Des différentes espèces de domicile.*

**963.** On distingue plusieurs espèces de domicile, suivant le rapport sous lequel on envisage une personne.

Le domicile est d'abord politique ou civil, suivant qu'on

l'envisage par rapport à l'exercice des droits politiques ou des droit civils.

Mais il peut être encore relatif à la participation aux affouages, ou aux secours publics : on l'appelle dans ce dernier cas domicile de secours ou d'assistance.

Chacun de ces domiciles est naturellement régi par des règles particulières.

Le code civil ne s'est occupé — et il ne peut être question ici — que du domicile civil, ainsi qu'il résulte de l'art. 102, qui ne parle que du domicile du Français « quant à l'exercice de ses droits civils ». Cette réserve a eu pour unique objet de laisser le domicile politique en dehors des dispositions du Code. Il faut se garder de conclure, en effet, de cet article qu'on ne peut exercer ses droits civils qu'au lieu de son domicile, car tout au contraire cet exercice, en principe, en est absolument indépendant, et on peut, par exemple, acheter, vendre, faire une donation ou un testament en tout lieu. C'est seulement par exception que certains de ces droits ne peuvent être exercés qu'au siège légal de la personne.

### § III. *Effets du domicile civil.*

**964.** Les effets de ce domicile peuvent être étudiés à un double point de vue.

Ils peuvent l'être d'abord au point de vue du droit international privé, c'est-à-dire des conflits de lois. A cet égard ils sont beaucoup moindres dans notre droit actuel qu'ils ne l'étaient dans l'ancien droit, où, en cas de conflit entre coutumes différentes, c'était le domicile de la personne qui déterminait son statut personnel, lequel est aujourd'hui fixé par sa loi nationale (1). Le domicile a d'ailleurs conservé toute son importance à cet égard dans les pays qui n'ont pas encore réalisé l'unité de législation, comme aussi dans ceux où a prévalu la théorie d'après laquelle les conflits qui s'élèvent entre lois étrangères doivent être réglés d'après la loi du domicile des parties. Enfin, même en France, le domicile n'a pas perdu

(1) Cpr. Pothier, *Introd. aux Coutumes*, ch. I, n. 7 et 8; Demolombe, I, n. 339; Laurent, II, n. 100; Huc, I, n. 367; Despagnet, n. 157.

toute influence sur la solution de certaines des difficultés que soulève, en dehors du domaine du statut personnel, le conflit de la loi française avec la loi étrangère (1). Mais ces difficultés ne sauraient être examinées ici, étant donné le plan de cet ouvrage.

**965.** Au point de vue du droit national, la détermination du domicile offre un très grand intérêt (2).

1° C'est au domicile de la personne qu'ont été centralisés certains actes relatifs soit à l'état civil, soit à la capacité des personnes, et que s'effectue la publicité relative aux changements de cette capacité ou de cet état (art. 60, 61, 80, 82, 87, 93-98, 171, 250, 311, 359, 501, 1445, 1451 C. civ.; art. 872 et 880 C. pr. civ.) (3).

2° Certains actes juridiques solennels nécessitent l'intervention d'officiers publics, dont la compétence personnelle est déterminée par le domicile de l'une des parties. Tels sont l'émancipation (art. 477), l'adoption (art. 353), la constitution d'une tutelle officieuse (art. 363), et sous certaines réserves le mariage (art. 74 et 165).

3° C'est au domicile du débiteur que peut être exigée, à défaut de convention sur ce point, l'exécution d'une obligation n'ayant pas pour objet un corps certain (art. 1247).

4° C'est au domicile que doivent être signifiés, lorsqu'ils ne le sont pas à la personne, tous les actes extrajudiciaires, sommations, commandements, etc., et les citations ou exploits d'ajournement (art. 68 C. pr.).

5° C'est le domicile qui détermine la compétence *ratione personæ* des tribunaux en matière personnelle et mobilière (art. 2, 59 et 420 C. pr.), en matière d'absence (art. 112, 115, 120 et 129 C. civ.), d'autorisation maritale (art. 861 C. pr.), de divorce (art. 234 C. civ.), de séparation de corps (art. 875 C. pr.), de séparation de biens (art. 865 C. pr.), d'interdiction

(1) Cpr. Despagnet, n. 157; Loiseau, *Du domicile comme principe de compétence législative dans la doctrine et la jurisprudence françaises depuis le code civil* (thèse, Paris), 1893; Chausse, *J. Clunet*, 1897, p. 5 s.

(2) Cpr. Aubry et Rau, I, § 145, p. 897 et 898; Demolombe, I, n. 339; Demante, I, n. 132-132 *bis*, III; Laurent, II, n. 100-102; Huc, I, n. 368; Beudant, I, n. 154 et 155; Planiol, I, n. 558-564; Surville, I, n. 124.

(3) Planiol, I, n. 562.

et de nomination de conseil judiciaire (art. 492 et 514 C. civ.), et de faillite ou de liquidation judiciaire (art. 438 C. co. et 2 de la loi du 4 mars 1889).

6° C'est encore le domicile qui fixe le lieu où s'ouvre la tutelle (art. 406 C. civ.).

7° C'est également lui qui fixe le lieu d'ouverture d'une succession. « *Le lieu où la succession s'ouvrira, sera déter-* » *miné par le domicile* » (art. 110). La succession d'une personne s'ouvre donc au lieu où elle était domiciliée lors de son décès, en quelque lieu qu'il se soit produit. En conséquence de quoi l'art. 59 al. 6 C. pr. (1) attribue compétence au tribunal du dernier domicile du défunt pour statuer, en principe, sur toutes les contestations relatives à l'hérédité. Par sa situation, ce tribunal paraît mieux à même que tout autre de les juger, puisqu'il a le plus souvent sous la main les principaux éléments de décision, notamment les titres et papiers du défunt, qu'on suppose réunis à son domicile, et la plus forte partie de ses biens. Et, d'autre part, la centralisation de toutes les poursuites devant un seul et même tribunal laisse espérer plus d'uniformité dans les différentes décisions relatives au règlement de la succession et une justice plus prompte, plus facile et moins coûteuse.

8° Enfin la détermination du domicile presente de l'intérêt à beaucoup d'autres points de vue (art. 407, 409, 432, 1057, 2018 et 2265 C. civ.; art. 105 C. for.).

**966.** En tant qu'il détermine le siège légal de chaque personne, peut-être serait-il permis de dire que le domicile constitue l'un des éléments de son état (2). En tout cas, s'il n'influe pas lui même sur la condition de la personne dans la société, par la place particulière qu'il lui fait matériellement assigner, il influe sur l'exercice de ses droits actifs et passifs. A ce titre tout au moins, les questions de domicile doivent être de la compétence exclusive de l'autorité judiciaire proprement dite. Aussi admet-on, en général, que, lorsqu'elles s'élèvent devant une juridiction administrative, par exemple en matière électorale, en matière d'inscription sur les listes du

(1) Cpr. art. 822 C. civ.
(2) Demante, I, n. 132 *bis*, III; Huc, I, n. 366.

recrutement militaire, de règlement d'affouages, cette juridiction doit surseoir à statuer jusqu'à ce qu'elles aient été tranchées, comme questions préjudicielles, par les tribunaux civils (1). Toutefois ce serait à nos yeux une exagération certaine, dont paraissent ne pas se garder beaucoup d'auteurs, que de réserver absolument à ces tribunaux la connaissance des contestations relatives au domicile. Car il ne semble pas douteux que les tribunaux de paix ou de commerce soient autorisés à en connaître, comme ils en connaissent effectivement, toutes les fois qu'elles naissent devant eux, notamment sous la forme d'une exception d'incompétence, et cela en vertu du principe que le juge de l'action est le juge de l'exception. Mais, s'il en est ainsi, il devient très difficile de considérer le domicile comme faisant véritablement partie de l'état, puisque les tribunaux civils peuvent seuls statuer sur les questions relatives à celui-ci, sous quelque forme qu'elles se présentent (art. 326 C. civ. et 426 C. pr.).

**967.** Il appartient à chaque législation de déterminer souverainement les conditions auxquelles s'acquiert, se conserve et se perd le domicile sur le territoire qu'elle régit. Ainsi le veulent toutes les considérations, d'ordre public au premier chef, qui font une obligation à chaque individu d'avoir un domicile. C'est donc par la loi territoriale ou *lex fori* que doivent être tranchées, dans chaque pays, les contestations relatives à celui-ci, qu'elles intéressent des nationaux ou des étrangers. Toutefois, dans le dernier cas, ce serait la loi nationale de l'étranger dont le domicile est contesté qui devrait être suivie, si ce domicile ne pouvait pas, en toute hypothèse, être considéré comme établi dans tout le pays où siège le juge : la *lex fori* étant alors désintéressée dans la question, les principes généraux doivent recevoir leur application (2).

(1) Huc, I, n. 392; Planiol, I, n. 569; Fuzier-Herman, art. 102, n. 2 s. — C. d'Etat, 6 avril 1836, S., 36. 2. 377, D., 36. 3. 151. — Trib. des confl., 10 avril 1850, S., 50. 2. 487, D., 50. 3. 49. — C. d'Etat, 13 janv. 1865, S., 65. 2. 224, D., 66. 3. 3. — C. d'Etat, 12 juill. 1882, D., 84. 3. 23. — Cf. cep. C. d'Etat, 20 juin 1855, D., 56. 3. 1, et note. — C. d'Etat, 8 août 1899, S., 1902. 3. 5. — C. d'Etat, 11 juillet 1902, D., 1904. 3. 26. — Cpr. Richelot, I, n. 251.

(2) Despagnet, n. 157. — Cpr. Nancy, 8 mai 1875, S., 76. 2. 137. — Toulouse, 22 mai 1880, S., 80. 2. 294, D., 81. 2. 93.

### § IV. *Des diverses espèces de domicile civil.*

**968.** Il y a deux espèces de domicile civil, savoir : le domicile ordinaire, qu'on appelle aussi général ou réel, et le domicile spécial (1).

Le domicile ordinaire est le siège légal de la personne quant à l'exercice de ses droits civils en général ; ou, comme le définissent MM. Aubry et Rau, celui qui « s'applique à la généralité des droits et des obligations qui rentrent dans la sphère du droit civil ». C'est en quelque sorte le domicile de droit commun ; aussi l'appelle-t-on souvent domicile général, par opposition au domicile spécial. Souvent aussi on le désigne, avec la loi elle-même (art. 111 C. civ., 692 C. pr. civ.) et 105 C. for.), sous le nom de domicile réel (2), par opposition au domicile d'élection, qui est fictif, en ce sens que le plus ordinairement la personne ne s'y trouve pas.

Le domicile spécial est le siège légal de la personne quant à l'exercice de certains droits civils seulement ; ou, comme le disent MM. Aubry et Rau, celui qui « ne se réfère qu'à des relations juridiques spécialement déterminées ». C'est un domicile particulier, qui n'a d'effets que pour un rapport de droit seulement. Le domicile d'élection, avec lequel on le confond parfois, n'est qu'une variété de domicile spécial.

## SECTION II

### DU DOMICILE ORDINAIRE OU GÉNÉRAL

**969.** Ce domicile peut être fixé par la loi ou par la volonté de l'homme. On appelle le premier domicile de droit, parfois domicile de dépendance, et le deuxième domicile de fait, ou encore d'acquisition et de choix (3).

(1) Cpr. Aubry et Rau, I, § 142, p. 885 ; Demolombe, I, n. 342 ; Huc, I, n. 369.

(2) Cette expression a le grave inconvénient, d'abord, de prêter à la confusion du domicile avec la résidence, et ensuite d'avoir été prise par le législateur, à certaines époques, dans le sens de domicile civil, par opposition au domicile politique. Aussi lui préférons-nous celles de domicile ordinaire ou général, qui ont un sens très nettement défini.

(3) Cf. Beudant, I, n. 156.

## § I. *Du domicile de droit ou domicile établi par la loi.*

**970.** A certaines personnes la loi assigne un domicile, qu'elles ne sont pas libres de changer tant qu'elles restent dans la situation en raison de laquelle il leur est imposé. Ces personnes sont : les fonctionnaires inamovibles, les femmes mariées non séparées de corps, les mineurs non émancipés, les interdits, les majeurs qui servent ou travaillent habituellement chez autrui, et les déportés, transportés et relégués dans des cas déterminés.

### 1° *Fonctionnaires inamovibles.*

**971.** « *L'acceptation de fonctions conférées à vie emporte translation immédiate du domicile du fonctionnaire dans le lieu où il doit exercer ses fonctions.* » (Art. 107). La loi, considérant ces fonctions comme constituant le principal établissement du fonctionnaire qui en est investi, le déclare domicilié de droit dans le lieu où il est appelé à les exercer, sans qu'il puisse conjurer ce résultat par l'expression d'une volonté contraire. En acceptant la fonction, il accepte l'attribution du domicile qui en est la conséquence (1).

**972.** Pour qu'une fonction entraîne cette attribution forcée de domicile, il faut qu'elle soit à vie, c'est-à-dire plus exactement, ainsi qu'il ressort de la combinaison de l'art. 107 avec l'art. 106, qu'elle ne soit ni temporaire, ni révocable (2).

Une fonction n'est pas temporaire quand elle est conférée pour un temps indéfini, c'est-à-dire sans autre terme que la limite d'âge fixée pour la mise à la retraite ; cette limite d'âge n'empêche donc pas la fonction d'être à vie, ou, comme on dit parfois, perpétuelle, ce qui montre que ces expressions ne

(1) Mouricault, *Rapp. au Trib.*, Locré, *Lég.*, III, p. 442, n. 8 ; Emmery, *Exp. des mot., eod. loc.*, p. 436, n. 5 ; Merlin, *Rép.*, v° *Receveur des Contr. dir.*, n. 4, et v° *Domicile*, § 3, n. 3 ; Aubry et Rau, I, § 143, p. 892, n. 17 ; Demolombe, I, n. 364 ; Duranton, I, n. 361 ; Toullier, I, n. 375 ; Demante, I, n. 136 ; Laurent, II, n. 90 ; Fuzier-Herman, art. 107, n. 16.

(2) Cpr. Merlin, *Rép.*, v° *Recev. des Contr. dir.*, n. 4 ; Aubry et Rau, I, § 143, p. 887, n. 2 ; Demolombe, I, n. 364 ; Laurent, II, n. 91 ; Huc, I, n. 381 ; Beudant, I, n. 157 ; Planiol, I, n. 589 ; Surville, I, n. 127 ; Fuzier-Herman, art. 107, n. 1 et 2. — Civ. rej., 11 mars 1812, S., 13. 1. 418, D., *Rép.*, v° *Domicile*, n. 99-1°.

laissent pas que d'être impropres. Ainsi les fonctions de percepteur (1), de notaire, de juge, de sénateur inamovible, sont des fonctions non temporaires, à la différence de la fonction de député ou de magistrat consulaire (2).

Une fonction n'est pas révocable lorsqu'elle ne peut être retirée arbitrairement au fonctionnaire qui en est investi. Elle n'en demeure pas moins irrévocable lorsque celui-ci peut être destitué, mais seulement suivant des règles déterminées à l'avance. Ainsi les fonctions de notaire, de juge d'un tribunal civil, de député, sont irrévocables, à la différence de celles de juge de paix, de procureur de la République, de préfet.

Lorsque les deux précédentes conditions sont remplies, le fonctionnaire est dit inamovible, et, comme tel, domicilié de droit au lieu où il exerce ses fonctions. Tels sont les juges des tribunaux de première instance, les conseillers des cours d'appel, de la cour des comptes et de la cour de cassation (3), les notaires (4), avoués (5), huissiers et commissaires-priseurs (6), les professeurs titulaires de l'enseignement supérieur (7), les sénateurs inamovibles, et il en était ainsi également, jadis, des évêques et des curés (8).

**973.** Ces deux conditions sont nécessaires, mais elles sont aussi suffisantes. Il nous paraît donc que c'est ajouter à la loi

(1) Cf. Civ. rej., 11 mars 1812, précité, et Fuzier-Herman, art. 107, n. 3.

(2) Cf. Fuzier-Herman, art. 107, n. 4 s.

(3) Fuzier-Herman, art. 107, n. 12.

(4) Loi du 25 ventôse an XI, art. 53. — Cpr. C. d'Etat, 27 déc. 1901, S., 1904. 3. 131, D., 1904. 3. 28.

(5) Loi du 10 mars 1898, art. 1er. — Cpr. C. d'Etat, 29 mars 1905 (motifs), D., 1905. 3. 40. — Pour les avocats à la cour de cassation, cpr. C. d'Etat, 8 juillet 1901 (motifs), S., 1904. 3. 64, D., 1903, 3. 11.

(6) Loi du 10 mars 1898, art. 1er. — Quant aux avocats, cf. Trib. Seine, 16 juin 1890, sous C. d'Etat, S., 96. 3. 131, et C. d'Etat, 9 juin 1902 (motifs), D., 1904. 3. 28.

(7) Planiol, 2e édit., I, p. 49, note 1; Rendu, *Code universitaire*, p. 46; Fuzier-Herman, art. 107, n. 13. — *Contra :* Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 887, n. 1; Huc, I, n. 381. — Civ. rej., 13 mai 1885, S., 85. 1. 181, rapp. de M. Merville, D., 85. 1. 313.

(8) Merlin, *Rép.*, v° *Domicile*, § 3, n. 6; Laurent, II, n. 95; Fuzier-Herman, art. 107, n. 14 et 15. — Mais il en était différemment des vicaires. Cf. Civ. cass., 15 mars 1904, D. 1904. 5. 262.

que d'exiger par surcroît, comme le font certains auteurs (1), que la fonction oblige celui qui l'exerce à résider à demeure en un certain lieu, ou que les devoirs qu'elle impose requièrent « une constante assiduité de soins ». Quelle qu'en soit la nature, la fonction qui remplit les conditions déterminées paraît être considérée par la loi comme le principal établissement du fonctionnaire, quoiqu'elle puisse fort bien ne pas l'être en fait et sans qu'il y ait lieu d'examiner cette question. Or c'est à cet examen qu'on se livre dans l'opinion que nous repoussons et qui entraîne à des distinctions contraires au texte très clair de la loi. A notre sens, les sénateurs inamovibles sont donc domiciliés de droit à Paris (comme l'étaient également, à nos yeux, les sénateurs de l'Empire), quoiqu'ils ne soient appelés dans la capitale que pendant la durée des sessions législatives.

**974.** C'est à partir du jour de l'acceptation par le fonctionnaire inamovible de sa fonction que son domicile est transféré au lieu où il doit exercer celle-ci. L'acceptation résulte de la prestation du serment professionnel (le seul existant aujourd'hui), s'il en est requis un. Si le fonctionnaire n'a pas de serment à prêter, la question de savoir à quel moment il a accepté est uniquement de fait (2).

**975.** Cette acceptation suffit d'ailleurs pour que la translation de domicile s'opère immédiatement; il n'est pas nécessaire en outre, comme l'exigeait Pothier (3), que le fonctionnaire soit venu s'établir au lieu où il doit exercer sa fonction, ce qui peut, du reste, avoir un résultat bizarre si celui-ci meurt après son acceptation, mais avant d'avoir rejoint son poste (4). C'est une preuve que le domicile légal du fonctionnaire n'est pas, comme on le répète souvent, une conséquence de l'obli-

(1) Demolombe, I, n. 365. — Cpr. pour la dignité de pair de France, Req. rej., 16 juin 1830, S., 30. 1. 255, D., 33. 1. 245. — Grenoble, 29 déc. 1829, D., 30. 2. 131, S., sous Cass., 13 mai 1885, précité.

(2) Aubry et Rau, I, § 143, p. 887, n. 3; Demolombe, I, n. 364; Demante, I, n. 136; Duranton, I, n. 361; Laurent, II, n. 92; Huc, I, n. 381; Planiol, I, n. 591; Surville, I, n. 127; Fuzier-Herman, art. 107, n. 19.

(3) *Introd. aux Cout.*, ch. I, n. 15.

(4) Demolombe, Duranton, Laurent et Huc, *loc. cit.*; Valette, *Explic. somm.*, p. 62; Planiol, I, n. 591.

gation de résidence, puisqu'il s'établit avant même que cette obligation ne puisse être exécutée, et même avant qu'elle ne soit née, car on ne peut pas dire que le fonctionnaire soit tenu de résider au siège de sa fonction avant même qu'il n'ait eu le temps matériel d'y parvenir.

**976.** L'acceptation d'une fonction autre qu'une fonction à vie n'entraîne pas domicile obligé pour le fonctionnaire qui en est investi. « *Le citoyen appelé à une fonction publique » temporaire ou révocable, conservera le domicile qu'il avait » auparavant, s'il n'a pas manifesté d'intention contraire.* » (Art. 106).

Ce fonctionnaire conserve donc son ancien domicile, à moins qu'il n'ait rempli les conditions prescrites par le droit commun pour en acquérir un nouveau dans le lieu où il exerce sa fonction, c'est-à-dire qu'il ne soit venu habiter dans ce lieu et qu'il n'ait manifesté, soit expressément, soit tacitement, la volonté d'y fixer son principal établissement (1). On a contesté, il est vrai, que cette manifestation pût être tacite, sous le prétexte qu'elle ne serait pas assez catégorique, le fonctionnaire n'allant établir sa résidence en un nouveau lieu que contraint et forcé, à la différence du particulier qui se déplace. Mais la vérité de notre proposition ressort de cette double considération que, d'une part, l'art. 106, en parlant d'intention, renvoie à ses modes ordinaires d'expression (art. 104 et 105) par cela seul qu'il n'en exclut aucun, et que, d'autre part, il serait pour le moins bizarre qu'il fût plus difficile à un fonctionnaire qu'à toute autre personne de transférer son domicile, précisément dans le lieu où il doit remplir ses fonctions. Si la loi ne l'y fixe pas d'autorité, à cause de la précarité de l'établissement du fonctionnaire amovible, elle est sans raison pour empêcher celui-ci de l'y établir, conformément au droit commun. C'est d'ailleurs ainsi que, dans l'ancien droit, le décidait Pothier (2).

(1) Cf., pour l'application à un vicaire, Civ. cass., 15 mars 1904, D., 1904. 5. 262; à un instituteur, Civ. rej., 18 mars 1901, S., 1903. 1. 535, D., 1902. 1. 298; à un maître-répétiteur, Civ. cass., 8 mars 1904, S., 1905. 1. 470.

(2) *Introd. aux Cout.*, ch. I, n. 15. — Duranton, I, n. 362 et 363; Demolombe, I, n. 366; Laurent, II, n. 93; Huc, I, n. 381; Fuzier-Herman, art. 106, n. 1 s. — Req. rej., 20 juin 1832, S., 32. 1. 694, D., 32. 1. 250. — Limoges, 12 mars 1844, S., 44. 2. 622, D., 45. 2. 26. — Req. rej., 14 févr. 1855, S., 56. 1. 239, D., 55. 1. 398. —

Mais ce serait une exagération en sens inverse, dont on ne s'est pas toujours gardé, que de dire que le fonctionnaire doit être présumé avoir transféré son domicile au lieu où il exerce son emploi, à moins que le contraire ne résulte des circonstances (1). Et cette présomption ne saurait être admise, même quand il s'agit d'une fonction imposant à celui qui en est investi l'obligation de résidence (2).

Il n'y a pas lieu de faire exception, en ce qui concerne les militaires, à la double règle qui vient d'être posée (3). Ils ne sont pas domiciliés de droit dans le lieu de leur garnison, puisqu'ils ne remplissent pas les conditions de l'art. 107, mais ils peuvent y établir leur domicile, comme tout le monde. Telles étaient déjà les décisions du président Bouhier (4), qui repoussait sur ce point la doctrine contraire, malgré l'appui que prêtait à celle-ci le droit romain (5).

2° *Femme mariée.*

**977.** « *La femme mariée n'a point d'autre domicile que* » *celui de son mari* » (Art. 108, al. 1).

Cette disposition, conforme à la tradition, impose à la femme le domicile du mari, de même que l'art. 214 lui impose sa résidence. Le mariage établissant entre les époux la société la plus intime qui se puisse concevoir, il est naturel, en effet, qu'ils aient même résidence et même domicile. Et puisque,

Civ. cass., 30 mars 1892, S., 92. 1. 524, D., 93. 1. 29. — Req. règl., 30 janv. 1895, S., 95. 1. 172, D., 95. 1. 358. — Civ. rej., 30 mars 1896, S., 97. 1. 100, D., 97. 1. 293.

(1) Civ. cass., 18 mars 1896, S., 98. 1. 363, D., 97. 1. 293. — Trib. Lorient, 16 mars 1897, D., 97. 2. 462. — *Contra* : Crim. cass., 21 mai 1835, S., 35. 1. 782, D., 38. 1. 112.

(2) Civ. cass., 24 juill. 1899, D., 1901. 1. 547.

(3) Aubry et Rau, I, § 141, p. 885, n. 8; Demolombe, I, n. 354; Marcadé, I, art. 108-II, n. 323; Laurent, II, n. 94; Planiol, I, n. 589; Rodière, *De la compét. et de la proc.* (Paris, 1875), I, p. 217; Fuzier-Herman, art. 106, n. 11. — Paris, 6 août 1866, S., 66. 2. 254. — Paris, 22 nov. 1894, D., 95. 2. 150. — Cpr. Poullain du Parc, *Principes de dr. fr.*, liv. I, ch. XIV, n. 6 s. — Pau, 8 janv. 1834, S., 34. 2. 346, D., 34. 2. 244. — Bordeaux, 21 nov. 1901, S., 1904. 2. 158, D., 1903. 2. 499. — Civ. cass., 26 mars 1902, S., 1902. 1. 343. — Civ. rej. (sur ce point), 13 juin 1903, S., 1904. 1. 292.

(4) *Observ. sur la cout. de Bourgogne*, ch. XXII, n. 176 s.

(5) L. 23, 1, D., *Ad munic.*, L, 1. — Rodier, *Quest. sur l'ord. de 1667*, tit. II, art. 3, quest. VII, n. 6.

d'autre part, c'est le mari qui est le chef de cette société, c'est à lui que la loi doit laisser le choix du lieu de son établissement. Du but même du mariage dérive donc pour les époux la communauté de domicile ; de la situation respective des conjoints découle, pour le mari, le droit de fixer le domicile conjugal. Car il est investi tout d'abord de l'autorité maritale, et, à ce titre, il est logique que la femme ait le même domicile que son protecteur légal ; et ensuite il a le droit d'obliger la femme à habiter avec lui : comment pourrait-on donc la supposer toujours présente autre part que là où elle est tenue de demeurer (1) ?

**978.** Si tel est le fondement de notre disposition, elle est impérative et d'ordre public, et dès lors aucune déclaration de la femme, ni même aucun accord des époux ne pourrait lui donner un autre domicile (2).

Puis l'acquisition, par la femme, du domicile de son mari se produit de plein droit, par le seul effet du mariage, et sans même qu'il soit nécessaire qu'elle se soit transportée au lieu où son mari est domicilié. Sa succession s'ouvrirait donc en ce lieu, lors même qu'elle n'y serait jamais venue (3).

**979.** La règle continue-t-elle à recevoir son application quand il y a séparation de corps prononcée entre les époux ? Une loi du 8 février 1893 a mis fin à la controverse qui s'était élevée sur ce point, en ajoutant à l'art. 108 l'alinéa suivant : « *La femme séparée de corps cesse d'avoir pour domicile légal* » *le domicile de son mari.* » C'est en ce sens que s'étaient déjà prononcées la jurisprudence et la majorité de la doctrine.

(1) Lebrun, *Tr. de la communauté,* liv. I, chap. II, n. 42; Pocquet de Livonière, *Règles du dr. fr.,* liv. I, tit. II, règl. 11. — Cpr. Aubry et Rau, I, § 143, p. 888, n. 5; Demolombe, I, n. 357; Laurent, II, n. 84; Huc, I, n. 382; Planiol, I, n. 575; Surville, I, n. 127.

(2) Merlin, *Rép.,* v° *Domicile,* § 5, n. 1; Aubry et Rau, I, § 143, p. 888, n. 4; Demante, I, n. 132; Demolombe, Laurent, Huc et Planiol, *loc. cit.;* Fuzier-Herman, art. 108, n. 5 s. — Paris, 11 août 1817, S., 18. 2. 30, D., *Rép.,* v° *Mariage,* n. 507. — Sur les effets de cette indivisibilité du domicile de la femme et du mari, cf. Fuzier-Herman, art. 108, n. 7 s., et Req. règl., 26 juil. 1808, S., 08. 1. 481, D., *Rép.,* v° *Domicile,* n. 71. — Req. rej., 30 mars 1825, S., 25. 1. 353, D., 25. 1. 268. — Poitiers, 3 juin 1842, S., 43. 2. 295. — Alger, 6 juin 1870, S., 71. 2. 45 et note, D., 70. 2. 214.

(3) Demolombe, I, n. 357; Planiol, I, n. 591; Fuzier-Herman, art. 108, n. 4.

L'ancien art. 108 était, il est vrai, conçu en termes absolus. Mais l'esprit de la loi était certainement en désaccord avec la lettre. En effet, le motif principal qui a fait attribuer à la femme le domicile de son mari, c'est-à-dire la communauté d'habitation, n'existe plus, la séparation de corps une fois prononcée ; donc elle ne doit plus avoir nécessairement le même domicile. D'autre part, au point de vue pratique, il peut y avoir de graves inconvénients à le lui imposer : croit-on, par exemple, que les significations qui seraient adressées pour la femme séparée à ce domicile lui parviendraient toujours, et ne serait-il pas à craindre que le mari ne se fît un jeu de les faire disparaître ? Enfin cette solution était admise dans notre ancien droit (1), et le rapporteur du Tribunat, Mouricault, l'a présentée comme ne pouvant faire l'objet d'un doute. Peut-être n'avait-elle pas été expressément consacrée par le code, simplement parce que le rétablissement de la séparation de corps n'était pas, à ce moment, encore décidé (2).

Cette controverse est devenue sans objet, pour l'avenir, depuis la loi du 6 février 1893. Mais, si la femme séparée de corps est libre désormais de se choisir son domicile, certaines significations n'en doivent pas moins continuer à être faites, en même temps qu'à celui-ci, au domicile du mari : « *Néanmoins,* dit l'art. 108, al. 3, *toute signification* » *faite à la femme séparée, en matière de questions d'état,* » *devra être également adressée au mari à peine de nullité.* » Si la femme séparée peut, même sur ces questions, plaider sans autorisation, du moins veut-on que le mari soit informé

(1) Prévost de la Jannès, *Principes de la jurispr. fr.* (édit. de 1787), I, p. 19 ; Argou, *Instit. au dr. fr.* (édit. de 1787), p. 90; Poullain du Parc, *Principes de dr. fr.*, liv. I, chap. XIV, n. 19; Bouhier, *Observ. sur la Cout. de Bourgogne,* XXII, n. 201; Pothier, *Tr. du contrat de mariage,* n. 522; *Introd. aux Cout.,* chap. I, n. 10. — Cpr. Lamoignon, *Arrêtés,* tit. V, n. 5.

(2) Mouricault, *Rapp. au Trib.,* Locré, *Lég.*, III, p. 448, n. 12 ; Aubry et Rau, I, § 143, p. 888, n. 5; Demolombe, I, n. 358, et II, n. 617; Demante, I, n. 137 *bis,* I; Proudhon et Valette, I, p. 244; Toullier, II, n. 773; Duranton, I, n. 365; Planiol, I, n. 577; Boncenne, *Théor. de la procéd. civ.*, II, p. 203; Blondeau, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1844, XI, p. 650 s. ; Esmein, *Note,* S., 84. 1. 257; Fuzier-Herman, art. 108, n. 22 s. — Orléans, 25 nov. 1848, S., 48. 2. 755, D., 49. 2. 9. — Req. rej., 19 août 1872, S., 73. 1. 479, D., 73. 1. 75. — *Contra :* Merlin, *Rép.,* v° *Domicile,* § 5, n. 1; Zachariæ, éd. Massé et Vergé, I, § 89, p. 122, note 4; Taulier, I, p. 192.

qu'elles se posent, à raison du haut intérêt qu'elles présentent pour la famille dont il est le chef, et qu'il puisse de la sorte intervenir, s'il y a lieu, dans l'instance.

**980.** Encore faut-il que la séparation de corps ait été prononcée, pour que le domicile de la femme devienne distinct de celui de son conjoint. Même autorisée à avoir pendant la durée de l'instance une habitation séparée (art. 878 C. pr.), la femme n'en continue pas moins à avoir pour domicile légal le domicile de son mari (1). Et toutefois cette proposition comporte une restriction nécessaire. Car, si les tiers peuvent et doivent lui faire en ce dernier lieu toutes leurs significations, il serait absurde et inique de reconnaître au mari cette même faculté, qui exposerait la femme à toutes les fraudes et à toutes les surprises. C'est déjà trop que la femme soit obligée de compter sur la bonne volonté de son mari pour que les significations faites à la requête des tiers lui parviennent (2).

**981.** Ce qui vient d'être dit de la femme séparée de corps ne doit certainement pas être étendu à la femme séparée de biens. Tenue de résider avec son mari, elle conserve nécessairement le domicile de celui-ci (3).

**982.** La femme ne serait pas non plus autorisée, d'après nous, à avoir un domicile distinct de son mari, dans le cas où il aurait perdu la nationalité française, lors même qu'elle l'aurait, quant à elle, conservée. Le changement de nationalité du mari reste, en principe, sans influence sur l'obligation pour la femme d'habiter avec lui, obligation dont l'unité de domicile n'est que la conséquence (4). Plusieurs auteurs (5)

(1) Il en est de même pendant l'instance en divorce. Cpr. art. 236 et 238 C. civ.

(2) Aubry et Rau, I, § 143, p. 888, n. 6; Demolombe, I, n. 358. — Nîmes, 13 août 1841, S., 41. 2. 611, D., 42. 2. 94. — Nancy, 11 août 1865, S., 65. 2. 324. — *Contra :* Aix, 15 avril 1839, S., 39. 2. 391, D., 39. 2. 213. En fait, la femme avait été touchée par la signification — Cpr. Req. rej., 19 août 1862, S., 62. 1. 795, D., 63. 1. 129.

(3) Colmar, 12 juil. 1806, D., *Rép.*, v° *Mariage*, n. 747, S. chr., II. 2. 158. — Cpr. Bruxelles, 13 août 1806, S. chr., II. 2. 165, D., *loc. cit.*

(4) Huc, I, n. 382; Demangeat sur Fœlix, *Dr. intern. pr.*, I, p. 105, note *a ;* Fœlix, *Rev. étr. et franç. de lég.*, 1843, X, p. 446; Varambon, *Rev. prat.*, 1859, VIII, p. 50s. — Cpr. Surville, I, n. 127. — *Contra :* Douai, 3 août 1858, S., 58. 2. 513, note de M. Le Gentil, D., 58. 2. 218.

(5) Merlin, *Quest.*, v° *Divorce*, § 11, n. 4; Aubry et Rau, I, § 143, p. 889, n. 8; Demante, 2e édit., n. 36 *bis ;* Fuzier-Herman, art. 108, n. 21; Esmein, S., 84. 1. 257. — Cpr. Cubain, *Dr. des femmes*, n. 2 et 681.

émettent sur ce point une opinion opposée, mais sans la justifier. Vainement se prévaudrait-on en sa faveur du caractère personnel de la dénationalisation, qui n'est pas en cause : de ce que la femme reste française, on ne peut pas logiquement conclure qu'elle conserve son domicile en France, alors que celui de son mari est ailleurs et qu'elle n'en peut pas avoir d'autre que celui de son mari.

**983.** L'autorisation donnée à la femme de faire le commerce ne rompt pas davantage, à notre sens, la communauté de domicile des époux, du moins au point de vue des actes de la vie civile (1). L'art. 108 ne fait aucune distinction suivant la situation de la femme mariée, et il repose, d'autre part, sur des considérations telles que le domicile qu'il lui impose ne peut être modifié par elle, même avec le consentement de son mari, sous quelque forme qu'il lui soit donné. Dira-t-on (2) que l'unité de domicile, n'étant qu'une conséquence du devoir de cohabitation, doit cesser avec lui, et que la femme commerçante établie hors du lieu où son mari est domicilié, peut rester légitimement éloignée de celui-ci ? Mais est-il donc vrai que le devoir de cohabitation ait totalement pris fin par l'habilitation de la femme à faire le négoce, et que désormais celle-ci puisse en conséquence librement se choisir son domicile ? Toutes ces propositions paraissent beaucoup trop absolues. Qu'au point de vue de son commerce, elle puisse être censée avoir son principal établissement au lieu où elle l'exerce, il n'y a rien là que de raisonnable et de conforme aux intérêts des tiers et à ceux de la femme, sans être contraire à ceux du mari et de la famille. Mais ce serait dépasser les légitimes exigences de la situation spéciale de la femme commerçante que de lui permettre, même au point de vue civil, de déterminer son siège légal : le mari, comme chef de la famille, est hautement intéressé à ce qu'à cet égard la femme soit réputée domiciliée chez lui, et dans le silence de la loi il est impossible de faire abstraction de cet intérêt. Vainement objecte-t-on encore

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 888, n. 4; Planiol, I, n. 579.
(2) Cf. Esmein, *loc. cit.*

que la loi, ayant permis à la femme, sous certaines conditions, de fonder son établissement commercial, ne peut pas ne point le prendre en considération sous le rapport du domicile. Car il suffit de lui faire produire ses effets quant aux actes de négoce de la femme pour que cette objection devienne sans portée.

**984.** Effectivement il faut admettre qu'en tant que commerçante la femme mariée est domiciliée au lieu où elle exerce son négoce (1).

Ce serait rendre les actes de sa vie commerciale, sinon impossibles, du moins beaucoup plus difficiles, et porter atteinte à son crédit que de lui conserver sous ce rapport le domicile de son mari, alors que son établissement est situé en un lieu différent. Et juridiquement, la faculté qui lui est reconnue d'avoir ainsi un domicile distinct, peut s'expliquer de deux façons. On peut dire, en premier lieu (2), que la possibilité pour elle de faire le commerce implique elle-même cette faculté, parce qu'elle lui est nécessaire : dans cette explication c'est un véritable domicile spécial qu'on attribue ainsi à la femme en tant qu'elle exerce un négoce, et de cette conception se déduit tout naturellement cette conséquence que la déclaration de faillite de la femme peut être prononcée par le tribunal du lieu où elle est établie. Cette conception du domicile spécial n'est d'ailleurs pas, quoi qu'on ait prétendu, inconnue de notre droit (3), et, quant à la dualité de domiciles qu'elle prête à la femme, elle n'a rien de contraire, ni à la raison, ni à la loi, qui a pu la consacrer implicitement.

Si cette coexistence de deux domiciles, civil et commercial, paraît difficile à admettre, on peut, dans une seconde explication, considérer la femme comme ayant fait élection tacite de domicile au lieu où elle fait le négoce, pour tous les actes relatifs à celui-ci. Cette interprétation de sa volonté est

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.;* Huc, I, n. 382; Planiol, I, n. 579; Esmein, *loc. cit.;* Lyon-Caen, *Rev. crit.*, 1884, XIII, p. 314. — Req. règl., 12 juin 1883, S., 84. 1. 257, note de M. Esmein, D., 83. 1. 281 et note. — Cpr. Beudant, I, n. 157.

(2) Lyon-Caen, *loc. cit.* — Req. règl., 12 juin 1883, précité.

(3) Cf. *supra*, n. 968, et *infra*, n. 1031.

des plus raisonnables, puisqu'il y a là pour elle une condition de développement de ses relations commerciales. Et elle ne nous paraît pas empêcher absolument d'attribuer compétence au tribunal du lieu où la femme est établie pour la déclaration de faillite. Car pourquoi ce domicile d'élection, qui est général en l'espèce, en ce sens que la femme y a élu domicile pour tous les actes de sa vie commerciale, cesserait-il de produire ses effets pour le dernier acte qui clôture cette existence, la faillite ? Et comment revenir, à ce moment suprême, au domicile civil, qui était considéré comme n'existant pas quant aux rapports commerciaux de la femme ?

**985.** L'application de l'art. 108 cesserait enfin, d'après nous, lorsque le mari est interdit légalement ou lorsqu'il est absent (1). Dans les deux cas, en effet, l'obligation de cohabitation, l'un des éléments dont dérive l'unité de domicile, cesse elle-même ; et l'autre, la puissance maritale, qui, dans le premier, est retirée au condamné pendant la durée de sa peine (art. 221), est suspendue de fait, dans le second, pendant la durée de l'absence (art. 222). Cette double solution a d'ailleurs ce grand avantage de permettre à la femme du condamné ou de l'absent d'établir le siège de la famille là où son intérêt le commande.

Quant aux effets de l'interdiction judiciaire du mari sur la communauté du domicile des époux, ils seront déterminés plus loin (2).

3° *Mineur non émancipé.*

**986.** « *Le mineur non émancipé aura son domicile chez ses* » *père et mère ou tuteur.* » (Art. 108, al. 1). On doit distinguer, pour l'interprétation de cette disposition, suivant que le mineur est enfant légitime ou enfant naturel.

**987.** I. *Enfants légitimes.* — L'enfant légitime a dès sa naissance un domicile que la loi lui attribue de plein droit, le domicile paternel. La raison en est que la gestion de ses intérêts est confiée au père, administrateur légal de ses

(1) Esmein, *loc. cit.*
(2) Cf. *infra*, n. 997 s.

biens (art. 389), et que c'est par suite au domicile de celui-ci que se trouve le siège de ses affaires.

Il suit de là que le mineur conserve ce domicile, qu'on appelle souvent domicile d'origine (1), tant que le père lui-même conserve l'administration légale. Il doit s'ensuivre également, selon nous, que, contrairement à notre article, le mineur sera domicilié chez sa mère, si celle-ci exerce, à défaut du père et à la suite d'un événement quelconque, le droit d'administration légale, et enfin, si elle-même ne l'exerce pas non plus, qu'il est domicilié chez son tuteur (2).

**988.** La mort de l'un des auteurs de l'enfant mettant fin à cette administration et donnant ouverture à la tutelle (art. 390), le mineur non émancipé est, à dater de ce moment, domicilié de droit chez son tuteur : c'est là qu'est désormais le siège de ses affaires, puisque le tuteur est chargé de le représenter dans tous les actes civils (art. 450).

Peu importe du reste, à cet égard, que le tuteur exerce ou non sur l'enfant la puissance paternelle. Ainsi le domicile du tuteur est celui du pupille, non seulement lorsque la tutelle a été déférée au survivant des père et mère, mais encore lorsque, ce survivant ayant été excusé ou écarté de la tutelle, celle-ci a été déférée à une autre personne. Il est vrai que presque toujours, en pareille circonstance, l'enfant demeure avec le survivant de ses parents, lequel, bien qu'il ne soit pas tuteur, conserve, du moins en principe et sauf application de la loi du 24 juillet 1889, l'exercice de la puissance paternelle. Aussi Pothier (3), dont l'opinion était d'ailleurs contredite par d'autres jurisconsultes, estimait-il que l'enfant ne pouvait « être censé avoir d'autre domicile que le domicile paternel ».

(1) Cette expression de « domicile d'origine » est assez vague, car elle semblerait donner à penser, ce qui n'est pas, que ce domicile est déterminé par le lieu de la naissance, et que c'est nécessairement aussi le premier qu'une personne ait eu, alors qu'il peut en être différemment. Aussi, quoique commode, ne devrait-on pas l'employer. — Cf. cep. Beudant, I, n. 159.

(2) Aubry et Rau, I, § 143, p. 890, n. 10 *bis*. — Cpr. Huc, I, n. 387. — Pour le cas de divorce des père et mère, cf. Trib. Auxerre, 10 janv. 1901, D., 1901. 2. 389.

(3) *Introd. gén. aux Coutumes*, n. 17. — *Contra :* Bretonnier sur Henrys, liv. IV, ch. VI, quest. 105, n. 20; Boullenois, *Tr. des Statuts* (éd. de 1766), II, p. 49.

Mais, en matière de domicile, c'est, non pas de la personne elle-même, mais de son principal établissement qu'il faut se préoccuper : or le mineur a certainement le sien chez son tuteur, en quelques mains que soit la puissance paternelle, qui ne confère de droits, lorsqu'il est en tutelle, que quant à sa personne. Cette solution est, au surplus, corroborée jusqu'à un certain point par le texte de l'art. 108, qui ne dit pas que l'enfant est domicilié chez « ses père ou mère, ou tuteur », mais bien chez « ses père et mère », n'attribuant ainsi à l'enfant le domicile paternel que lorsqu'il a ses deux auteurs (1).

**989.** II. *Enfants naturels.* — Plusieurs cas doivent être distingués.

1° Lorsque d'abord les deux auteurs de l'enfant sont légalement inconnus, l'enfant est domicilié chez son tuteur (2). Il semble qu'il en serait encore ainsi, s'il s'agissait du tuteur désigné conformément à l'art. 11 de la loi du 27 juin 1904.

**990.** 2° Si la filiation de l'enfant est établie par rapport à l'un de ses auteurs seulement, il sera domicilié chez cet auteur, non pas que celui-ci ait l'administration légale de ses biens, ni qu'il soit le tuteur légal de son enfant, mais parce qu'il exerce la puissance paternelle. Mais il en serait autrement si la tutelle, déjà organisée, était gérée par une autre personne, chez laquelle l'enfant aurait alors son domicile (Arg. art. 108, al. 1) (3).

Cette double solution d'ailleurs a été parfois justifiée différemment. D'après certains auteurs (4), elle devrait être fondée, non sur le texte de l'art. 108, qui ne paraît avoir visé que les enfants légitimes, mais sur le principe général de l'art. 102,

(1) Aubry et Rau, I, § 143, p. 890, n. 9; Demolombe, I, n. 359; Duranton, I, n. 367; Demante, I, n. 137 *bis*, II; Laurent, II, n. 86; Huc, I, n. 384; Beudant, I, n. 157; Planiol, I, n. 572; Surville, I, n. 127; Fuzier-Herman, art. 108, n. 41 s.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 890, n. 10; Demolombe, I, n. 361; Duranton, I, n. 368; Huc, I, n. 388; Planiol, I, n. 573; Fuzier-Herman, art. 108, n. 40 et 40 *bis*. — Civ. rej., 9 mai 1889, S., 89. 1. 436, D., 89. 1. 424. — Cpr. Demante, I, n. 137 *bis*, III; Laurent, II, n. 88. — Cf. aussi loi du 24 juill. 1889, art. 17 s.

(3) Cpr. les autorités citées à la note précédente, et Beudant, *loc. cit.*; Fuzier-Herman, art. 108, n. 39.

(4) Planiol, I, n. 573.

le domicile de l'enfant naturel, comme celui de toute autre personne, devant être au lieu de son principal établissement, qui est évidemment celui où il habite avec son parent. Mais on ne voit pas pourquoi le domicile de l'enfant naturel ne serait pas légal comme celui de l'enfant légitime, alors que cet enfant se trouve dans une situation de dépendance analogue, sinon identique, à celle de ce dernier, ce qui est la raison d'être de cette attribution de domicile.

Le domicile de l'enfant ne changerait d'ailleurs pas si plus tard il était reconnu par son autre auteur. Cette solution, certaine dans le cas où la deuxième reconnaissance émane de la mère, serait encore vraie, selon nous, dans le cas où elle serait faite par le père. La première reconnaissance paraît en effet avoir fixé le domicile de l'enfant en même temps que sa nationalité. Il changerait au contraire, dans l'opinion précédente (1), si le père prenait l'enfant avec lui.

**991.** 3° Enfin, dans le cas où la filiation de l'enfant est établie par rapport à ses deux auteurs dans un seul et même acte, on peut soutenir qu'il n'y a pas lieu de faire prévaloir d'une manière générale le domicile de l'un des auteurs de l'enfant sur celui de l'autre, et qu'il est rationnel de décider que l'enfant sera domicilié chez celui de ses auteurs avec lequel il demeure (2). Et toutefois ne serait-il pas plus juridique de dire que son domicile est encore chez son père, de même qu'il prend la nationalité de celui-ci? Outre l'argument d'analogie qu'on peut invoquer à l'appui de cette solution, elle se recommande de cette double considération que le lieu de la résidence personnelle de l'enfant est sans influence sur la détermination de son domicile, et que surtout le père exerce la puissance paternelle (3). Mais la difficulté ne se poserait pas, et l'enfant serait domicilié chez son tuteur, et non chez l'un ou l'autre de ses parents, si, la tutelle étant déjà organisée, ceux-ci ne la géraient pas.

**992.** Tel est le domicile légal du mineur non émancipé. Il

(1) Planiol, *loc. cit.*

(2) Demante, I, n. 137 *bis*, III; Planiol, I, n. 573. — Cpr. Huc, I, n. 388.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.;* Demolombe, I, n. 361; Laurent, II, n. 88; Fuzier Herman, art. 108, n. 38. — Cpr. Duranton, I, n. 368.

change, en principe, avec le domicile des personnes qui le lui communiquent. Ainsi le père, administrateur légal des biens de son enfant, transfère le domicile de celui-ci en même temps qu'il transfère le sien (1). — Mais il y aura lieu de rechercher ultérieurement si le principe ne comporte pas de tempérament en matière de tutelle, et s'il dépend encore du tuteur de déplacer, avec son propre domicile, le siège de l'administration des biens du mineur, sous le rapport tout au moins du contrôle auquel il est soumis de la part du conseil de famille.

**993.** De ce que le mineur non émancipé a un domicile légal en un certain lieu, il semble bien résulter qu'on ne saurait le considérer, à quelque point de vue que ce soit, comme domicilié en un autre lieu, y eût-il été antérieurement établi. Et, par exemple, le mineur, domicilié d'abord chez son père, puis autre part chez son tuteur, doit être réputé avoir perdu complètement son domicile primitif, eût-il intérêt à le conserver à certains égards, comme pour retenir un droit d'affouage. C'est la conséquence inéluctable du principe. M. Huc (2) cherche, il est vrai, à y échapper, sous le prétexte que « le domicile des incapables chez leur tuteur doit être considéré comme une sorte de domicile élu imposé par la loi plutôt que comme un domicile nouvellement acquis en remplacement d'un domicile antérieur qui aurait complètement disparu ». Mais cette assertion purement fantaisiste bouleverse toutes les idées sur le domicile légal, sans les remplacer par rien de précis. Et le caractère vague et dangereux de ces propositions se révèle tout entier, lorsqu'on voit l'auteur écrire que le domicile de l'incapable est transféré *ad tempus* chez son tuteur, que « les droits de cet incapable subordonnés à la conservation de son domicile propre ne peuvent lui être enlevés » par cette translation, et qu'« à plus forte raison il doit en être ainsi pour les droits des tiers ».

**994.** L'émancipation, affranchissant le mineur de l'administration légale ou de la tutelle, fait naître pour lui le droit

(1) Demolombe, I, n. 360.
(2) I, n. 385.

de se choisir un domicile et de fixer le lieu de son principal établissement. Et cependant le mineur émancipé figure encore dans la catégorie des incapables, puisque l'assistance d'un curateur lui est à tout le moins nécessaire pour accomplir la plupart des actes de la vie civile. Cela prouve que dans la théorie de la loi il n'est pas indispensable d'être pleinement capable pour pouvoir se choisir un domicile, et qu'il suffit, en principe, d'avoir, même sous certaines réserves, l'administration de ses biens, de gérer, d'une façon plus ou moins libre, ses propres intérêts, pour en déterminer soi-même le siège (1).

4° *Interdit.*

**995.** « *Le majeur interdit aura le sien* (son domicile) *chez* » *son tuteur* » (art. 108, al. 1 *in fine*). Les deux premières éditions du code civil, celles de 1804 et 1807, portaient : « chez son curateur ». C'est en ces termes, en effet, que l'article avait été décrété. Le titre *De l'interdiction* ayant plus tard mis les interdits en tutelle, cette innovation devait amener la substitution du mot « tuteur » au mot « curateur »; mais cette substitution ne fut réalisée que dans l'édition de 1816.

Si le domicile de l'interdit est, comme celui du mineur non émancipé, chez son tuteur, c'est que tous ses intérêts sont pareillement confiés à celui-ci (2).

**996.** On doit conclure du fondement et des termes absolus de notre disposition qu'elle est applicable aussi bien à l'interdit légalement qu'à l'interdit judiciaire (3).

Mais, au contraire, cette disposition ne saurait être étendue au prodigue et au faible d'esprit munis d'un conseil judiciaire. Ce ne sont point des interdits, et on ne saurait leur appliquer un texte qui doit être interprété strictement, par cela seul qu'il porte atteinte à la faculté que chacun possède, en principe, de fixer librement son domicile. Et, du reste, la situation n'est pas la même, l'incapacité de ces personnes

(1) Aubry et Rau, I, § 144, p. 892, n. 1; Laurent, II, n. 87; Planiol, I, n. 574.

(2) Cf. sur les effets de cette attribution de domicile, Fuzier-Herman, art. 108, n. 57 et 58, et Civ. rej., 16 fév. 1842, S., 42. 1. 714, D., 42. 1. 93.

(3) Aubry et Rau, I, § 143, p. 890 et 891; Demolombe, I, n. 362; Duranton, I, n. 372; Beudant, I, n. 157; Planiol, 1, n. 580; Fuzier-Herman, art. 108, n. 62.

étant beaucoup moins profonde que celle des interdits et ne les privant pas de l'administration de leurs biens : elles conservent donc leur domicile là où il était établi lors de la nomination du conseil judiciaire, du moins tant qu'elles ne l'ont pas transféré ailleurs (1).

**997.** L'application de la règle de l'art. 108 donne lieu à des difficultés quand l'interdit judiciaire est marié.

Si d'abord la femme est nommée, comme le permet l'art. 507, tutrice de son mari interdit, où est le domicile de celui-ci? Très généralement on décide qu'il est chez sa femme, de sorte que, par une remarquable inversion des règles ordinaires, c'est le domicile de la femme qui fixe celui de son conjoint. M. Laurent (2) estime, au contraire, que « le domicile attribué à la femme par le mariage ne cesse pas par l'interdiction du mari », par cette raison que, lorsque deux domiciles légaux sont ainsi en collision, c'est celui qui a une cause permanente qui doit l'emporter; or, dit l'éminent auteur, la cause permanente, en l'espèce, est le mariage, puisque l'interdiction du mari n'empêche pas que la femme ne soit sous puissance maritale. Mais ce raisonnement nous touche peu, car, outre que l'interdiction a pour effet d'enlever au mari l'autorité maritale, il serait bizarre que, de deux époux, ce fût celui qui a la charge de tous les intérêts qui fût domicilié chez l'autre. Et la solution que nous repoussons aurait, par surcroît, cette fâcheuse conséquence que le domicile conjugal ne pourrait être changé tant que durerait l'interdiction, puisque le mari serait dans l'impossibilité de le transférer et que le sort de sa femme serait lié au sien (3).

**998.** Si maintenant le mari interdit est placé sous une tutelle autre que celle de sa femme, où est le domicile de celle-ci? Il est, d'après nous, chez le tuteur de son mari, car elle n'a pas d'autre domicile que celui de son conjoint : or il

(1) Demolombe, I, n. 362; Planiol, I, n. 582; Fuzier-Herman, art. 108, n. 63. — Req. rej., 14 déc. 1840, P., 43. II. 428, D., 41. 1. 86. — Cpr. Richelot, I, n. 244.

(2) II, n. 99.

(3) Aubry et Rau, I, § 143, p. 889, n. 7; Demolombe, I, n. 363; Duranton, I, n. 366; Demante, I, n. 137 *bis*, V; Beudant, I, n. 157; Planiol, I, n. 581; Surville, I, n. 127; Fuzier-Herman, art. 108, n. 60. — Cpr. Trib. Chaumont, 17 avril 1867, S., 67. 2. 297, D., 67. 3. 56.

est domicilié chez son tuteur. Beaucoup d'auteurs n'acceptent pas, il est vrai, cette solution, dont le résultat est bizarre, et décident que la femme recouvre alors la faculté de se choisir un domicile. En effet, disent-ils, la femme n'a son domicile de droit chez son mari que « parce qu'elle est obligée d'habiter avec ce dernier, sous la dépendance duquel elle se trouve placée. Or, lorsque le mari a été interdit, l'exercice de la puissance maritale est suspendu dans sa personne », sans que le tuteur en soit investi et qu'il puisse « par conséquent contraindre la femme à venir demeurer chez lui » (1). Si fortement qu'elle ait été présentée par MM. Aubry et Rau, cette argumentation ne nous convainc pas. Ainsi qu'ils le reconnaissent eux-mêmes à propos d'une autre question, « l'art. 108 est bien moins un effet immédiat et direct de l'autorité maritale, que la conséquence de l'obligation imposée à la femme d'habiter avec son mari ». Il convient donc de rechercher uniquement ici si l'interdiction met fin à cette obligation. Or c'est ce qu'il nous est impossible d'admettre : que le mari continue à habiter chez lui ou qu'il aille demeurer chez son tuteur, il nous paraît qu'il conserve le droit d'obliger la femme à habiter avec lui. Et dès lors la raison d'être de l'art. 108 ne disparaît pas. Souvent d'ailleurs le tuteur du mari sera chargé de gérer les biens propres de la femme (2).

D'après M. Laurent (3), dont l'opinion s'écarte des deux précédentes, la femme conserverait le domicile qu'avait son mari lors de l'interdiction. Le domicile du mari doit, dit-il, l'emporter sur celui du tuteur, parce que l'interdiction du mari laisse subsister la puissance maritale, bien que ce soit désormais la justice qui autorise la femme, et aussi parce que la femme n'a le domicile de son conjoint que par une suite de son obligation d'habiter avec lui : or elle n'est pas obligée de suivre le tuteur de celui-ci. — Cette opinion, qui se réfute

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*; Richelot, I, n. 244; Planiol, I, n. 581; Esmein, S., 84. 1. 257.

(2) Demolombe, I, n. 363; Demante, I, n. 137 *bis*, V; Duranton, I, n. 371; Marcadé, I, art. 108-I, n. 322; Beudant, I, n. 157; Surville, I, n. 127; Fuzier-Herman, art. 108, n. 19.

(3) II, n. 99. — Cpr. Huc, I, n. 383 et 386.

en partie par les mêmes arguments que la précédente, nous paraît encore plus difficilement soutenable. Comment se demander lequel, du domicile du tuteur ou du mari, doit être imposé à la femme, alors que ces deux domiciles se confondent désormais? Et est-il possible de fixer celui de la femme en un lieu où n'est plus ni le domicile, ni peut-être même, en fait, la résidence du mari? D'une extrême faiblesse au point de vue doctrinal, ce système vaut moins encore par ses résultats pratiques.

**999.** Lorsque c'est la femme qui est interdite, elle est évidemment domiciliée chez son mari, et par un double motif, puisqu'il est de droit son tuteur (art. 506). Mais si, par une raison quelconque, il ne gérait pas la tutelle, il nous paraît que la femme serait alors domiciliée, non plus chez son conjoint, mais chez son tuteur. Soumise à la puissance maritale, mais placée sous la tutelle d'une autre personne que son mari, ne serait-elle pas exactement dans la même situation que le mineur soumis à la puissance paternelle, mais dont le tuteur n'est pas le survivant de ses père et mère (1)?

**1000.** Enfin, si les époux étaient tous deux interdits, chacun d'eux serait domicilié chez son tuteur. Cette proposition n'est que la conséquence logique de la précédente (2).

5° *Personnes qui servent ou travaillent habituellement chez autrui.*

**1001.** « *Les majeurs qui servent ou travaillent habituelle-* » *ment chez autrui, auront le même domicile que la personne* » *qu'ils servent ou chez laquelle ils travaillent, lorsqu'ils de-* » *meureront avec elle dans la même maison.* » (Art. 109).

Cette disposition consacre une règle qui n'était généralement pas admise dans notre ancien droit (3). Si elle impose aux personnes visées le domicile de leur maître, c'est parce que leur principal établissement, le plus souvent même leur établissement unique, est chez celui-ci. Et c'est ce qui explique la différence que la loi établit, au point de vue du domicile, entre les serviteurs et les fonctionnaires publics non inamo-

(1) Demante, I, n. 137 *bis*, V ; Beudant, I, n. 158.
(2) Demante, *loc. cit.*
(3) Merlin, *Rép.*, v° *Domicile*, § 4, n. 2.

vibles. Le fonctionnaire public investi d'une fonction temporaire ou révocable n'est pas domicilié de droit au lieu où il exerce sa fonction, parce qu'il a souvent un autre établissement, qui peut être le principal et qui fixera alors son domicile. Au contraire, les personnes, de condition plus ou moins subalterne, dont parle l'art. 109 sont de droit domiciliées chez leur maître, bien que leurs fonctions soient à la fois temporaires et révocables, parce qu'en général elles n'ont pas d'autre établissement que celui qu'elles se créent en se mettant au service d'autrui, et que, quand elles abandonnent cet établissement, c'est presque toujours pour en prendre un autre semblable. La loi s'est donc bornée à transformer ce qui est fait le plus ordinairement en une présomption légale, qui, du reste, n'admet pas de preuve ou de manifestation de volonté contraires (1).

**1002.** Trois conditions sont requises pour que celui qui sert ou travaille chez une autre personne soit domicilié chez celle-ci. Il faut :

1° Qu'il soit capable de se choisir librement son domicile (2). La loi dit qu'il faut qu'il soit majeur, mais tous les auteurs remarquent que sa disposition sur ce premier point est à la fois trop compréhensive et trop restrictive.

Trop compréhensive, car elle embrasserait dans sa généralité tous les majeurs, et par conséquent même : 1° la femme mariée qui sert ou travaille habituellement chez autrui. Or on est d'accord pour décider qu'elle conserve le domicile de son mari. Dans le conflit qui s'élève entre la disposition de l'art. 108, al. 1, et celle de l'art. 109, il convient de faire prévaloir celui des deux domiciles que la loi impose à la femme par suite d'une obligation à laquelle elle ne saurait se soustraire, sur l'autre, qui n'est déterminé que par présomption d'une volonté qu'elle est ici impuissante à avoir (3).

(1) Huc, I, n. 390 ; Greffier, *Form. et revis. des listes élect.*, 4e édit., n. 102. — Bourges, 29 juill. 1896, D., 97. 2. 364. — Civ. cass., 31 mai 1897, S., 99. 1. 95. — Civ. cass., 29 mars 1904, S., 1905. 1. 47. — Civ. cass., 18 août 1904, S., 1905. 1. 414.

(2) Cpr. Civ. cass., 23 mars 1896, S., 97. 1. 99, D., 97. 1. 44.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Domicile*, § 5 ; Aubry et Rau, I, § 143, p. 891, n. 11, 11 *bis* et 13 ; Demolombe, I, n. 368 ; Duranton, I, n. 374 ; Toullier, I, n. 375 ; Delvincourt

— 2° l'interdit, lequel conserve certainement, et pour des motifs analogues, son domicile chez son tuteur (1).

Trop restrictive, car elle serait inapplicable à tous les mineurs, même aux mineurs émancipés. Or telle n'a pu être l'intention du législateur; car, s'il est tout simple que l'art. 109 ne soit pas applicable au mineur non émancipé, qui a déjà un domicile imposé par la loi, celui de ses père et mère ou de son tuteur (2), on ne comprendrait pas qu'il ne le fût pas au mineur émancipé, qui peut se choisir un domicile et par suite être présumé, aussi bien qu'un majeur, avoir fixé son principal établissement chez son maître (3).

**1003.** 2° Qu'il serve ou travaille habituellement chez autrui. L'article n'est donc pas applicable à celui qui ne sert ou travaille chez autrui qu'accidentellement (4). — Mais les mots « qui servent ou travaillent » ont la plus grande généralité et comprennent, non seulement ceux qui sont attachés à la personne d'un maître, auquel ils rendent des services subalternes (serviteurs, domestiques, concierges), mais aussi ceux qui exercent, au service d'autrui, une profession d'ordre plus élevé, comme celle de secrétaire, précepteur, bibliothécaire, intendant, régisseur ou commis (5).

**1004.** 3° Qu'il demeure avec la personne chez laquelle il sert ou travaille, et dans la même maison (6). Ainsi l'article n'est pas applicable au garde-chasse ou au jardinier habitant une maison séparée de celle qu'habite leur maître, lors même que cette maison lui appartiendrait (7). Ainsi encore il est

I, p. 45, note 2; Demante, I, n. 138; Laurent, II, n. 99; Huc, I, n. 390; Beudant, I, n. 157; Planiol, I, n. 576 et 587; Surville, I, n. 127; Fuzier-Herman, art. 108, n. 18.

(1) Cf. les autorités citées à la note précédente, et Fuzier-Herman, art. 108, n. 59.

(2) Duranton, I, n. 374; Laurent, II, n. 97; Beudant, *loc. cit.*; Planiol, *loc. cit.*; Surville, *loc. cit.*; Fuzier-Herman, art. 108, n. 49.

(3) Cf. les autorités citées aux notes précédentes, et Fuzier-Herman, art. 109, n. 6.

(4) Laurent, II, n. 96; Planiol, I, n. 584.

(5) Merlin, *Rép.*, v° *Domicile*, § 4, n. 2; Boncenne, *Théorie de la proc. civ.*, II, p. 206; Demolombe, I, n. 369; Laurent, II, n. 97; Planiol, I, n. 585; Fuzier-Herman, art. 109, n. 1.

(6) Cpr. Req. rej., 31 mai 1881, D., 82. 1. 18. — Civ. cass., 27 avril 1900, S., 1901. 1. 243. — Civ. cass., 16 juill. 1901, D., 1904. 1. 584.

(7) Aubry et Rau, I, § 143, p. 891, n. 12; Demolombe, I, n. 369; Duranton, I,

inapplicable au fermier, même quand il demeure dans la même maison que le bailleur. On ne peut pas dire, en effet, du fermier qu'il sert ou travaille chez autrui : il travaille pour lui et chez lui, car la ferme qu'il habite, il l'habite en qualité de locataire, et on est chez soi dans la maison qu'on loue, le propriétaire y fût-il également logé (1). Et on pourrait en dire autant du métayer (2).

**1005.** L'application littérale de notre disposition peut en certains cas conduire à des résultats bizarres. Un maître, domicilié en un certain endroit, possède en un autre lieu une maison de campagne, où il réside le plus souvent avec sa famille : où sont domiciliés les domestiques qui sont exclusivement attachés au service de la maison de campagne, qu'ils ne quittent jamais? L'art. 109 leur donne le même domicile qu'à leur maître. Mais le bon sens semble protester contre cette solution : le principal établissement de ces domestiques n'est-il pas dans la maison qu'ils habitent avec leur maître, et non dans celle, qu'ils n'ont jamais vue peut-être, où se trouve le domicile de celui-ci? On peut fortement le soutenir, et dire que l'art. 109 statue vraisemblablement en vue du cas où le maître est domicilié dans la maison qu'il habite avec les personnes qui sont à son service (3). Mais dans cette conception, il faut bien l'observer, le domicile des domestiques ne serait plus, en ce cas particulier, qu'un domicile de fait : car il paraît difficile de leur imposer à titre de domicile de droit un domicile qui n'est pas celui de leur maître. Et alors cette solution introduit dans l'art. 109 une distinction profonde, que, pourrait-on objecter, ses termes ne comportent pas.

6° *Déportés, transportés et relégués.*

**1006.** Aux termes de l'art. 17 de la loi du 25 mars 1873, qui règle la condition des déportés à la Nouvelle-Calédonie :

n. 374; Fuzier-Herman, art. 109, n. 2. — Civ. rej. (sur ce point), 20 avril 1901, S., 1901. 1. 293. — Cpr. Civ. cass., 25 avril 1904, S., 1905. 1. 144.

(1) Cf. les autorités citées à la note précédente, et Laurent, II, n. 97; Richelot, I, n. 249, note 27; Valette sur Proudhon, I, p. 248, note *c*; Planiol, I, n. 584. — Civ. cass., 13 avril 1897, S., 98. 1. 285. — *Contrà :* Proudhon, *loc. cit.*

(2) Sur le cas du métayer à gages, cf. Civ. rej., 15 avril 1904, S., 1906. 1. 47.

(3) Planiol, I, n. 586. — Cpr. Civ. cass., 15 mars 1904, D., 1904. 5. 261.

« *Le domicile des déportés, pour tous les droits civils dont ils* » *ont l'exercice aux colonies, est au lieu où ils subissent leur* » *peine.* » D'autre part, d'après l'art. 32 du décret du 18 janvier 1895 (1), réglementant le régime des concessions accordées aux transportés dans des colonies pénitentiaires, et dont la disposition se trouve textuellement reproduite, en ce qui concerne les concessions faites aux relégués, par l'art. 32 du décret du 8 mai 1899, « pour l'exercice des droits et actions résultant du présent décret, le domicile de tout concessionnaire est au lieu de la concession ».

Ces divers textes procèdent d'une même pensée : attribuer, au condamné, dans un intérêt de commodité, un domicile obligé dans le lieu d'exécution de la peine, pour tous les droits dont on lui accorde l'exercice activement ou passivement. Pour tous les autres, il conserve son domicile ordinaire, qui est celui de son tuteur, s'il est frappé d'interdiction légale. Aussi a-t-on prétendu, quoique cette extension soit très discutable, que le bénéfice de ces dispositions devait être appliqué à tous les condamnés qui exercent une partie de leurs droits dans la colonie où ils ont été transportés, et que la dualité des patrimoines entraînait, comme une conséquence forcée, la dualité des domiciles (2).

**1007.** Telles sont les différentes et les seules catégories de personnes qui aient un domicile de droit. Toute personne à laquelle un texte de loi n'impose pas de domicile de cette nature peut se choisir son domicile ou le conserver là où il est établi. Par application de cette règle fondamentale :

1° L'individu détenu dans une prison n'y est pas domicilié, mais conserve le domicile qu'il avait avant son incarcération (3).

2° Le condamné contre lequel a été prononcée la peine du bannissement, ou, par application de la loi du 27 mai 1885

(1) Le décret du 18 janvier 1895 abroge un décret précédent, relatif au même objet, en date du 31 août 1878.

(2) Garraud, *Tr. de dr. pénal*, 2e éd., II, n. 435, p. 215, note 3.

(3) Domat, *Dr. p blic*, I, tit. XVI, sect. 3, n. 14; Rodier, *Quest. sur l'ord. de 1667*, tit. II, art. 3, • quest.; Merlin, *Rép.*, v° *Domicile*, § 3, n. 4; Aubry et Rau, I, § 144, p. 895, n. 10; Duranton, I, n. 373; Huc, I, n. 375; Chauveau et Carré, *Lois de la procéd.*, I, quest. 358; Fuzier-Herman, art. 103, n. 10 s.

(art. 19), une interdiction de séjour dans certains lieux, peut conserver son domicile là où il était établi avant sa condamnation, car, par elle-même, elle n'a pas eu pour résultat de transférer le siège de son principal établissement (1).

3° On décidait autrefois que le condamné placé, après sa libération, sous la surveillance de la haute police, n'était pas domicilié de droit dans le lieu qui lui avait été assigné pour résidence par l'administration (2). Et il en doit être de même aujourd'hui, semble-t-il, du condamné aux travaux forcés obligé de résider dans la colonie après l'expiration de sa peine (loi du 30 mai 1854, art. 6).

4° L'individu expulsé, par mesure de police, d'une colonie française, d'un pays de protectorat ou d'une localité comprise dans les Echelles du Levant, en vertu des pouvoirs particuliers qui appartiennent en ces lieux aux gouverneurs résidents et consuls français, n'en conserve pas moins son domicile dans le lieu d'où il a été obligé de partir, jusqu'à ce qu'il l'ait transféré ailleurs. Par elle-même l'expulsion ne déplace pas le siège du principal établissement du Français contre lequel elle est prononcée (3).

5° Il semble qu'il en devrait être de même, par identité de motifs, de l'étranger qui aurait été en France l'objet d'un arrêté d'expulsion.

6° Enfin, l'individu non interdit qui est placé dans un asile d'aliénés n'en conserve pas moins le domicile qu'il avait avant son internement.

**1008.** Il reste à rechercher quand cesse le domicile imposé par la loi, qu'on peut appeler domicile de dépendance. Il cesse, en tant que domicile légal tout au moins, dès l'instant où disparaît le fait ou la cause qui lui servait de fondement. Ainsi le domicile légal du mineur en tutelle ou de l'interdit cesse au moment où la tutelle prend fin ; le domicile légal de la femme cesse lors de la dissolution du mariage ou de la séparation de corps. L'effet ne peut survivre à la cause.

(1) Huc, I, n. 376 et 377, et les autorités citées à la note précédente.

(2) Aubry et Rau, I, § 143, p. 892, n. 14 ; Huc, I, n. 377 ; Fuzier-Herman, art. 103, n. 12. — Paris, 19 juil. 1862, S., 62. 2. 474, D., 62. 2. 162.

(3) Huc, I, n. 377 et 378.

Est-ce à dire que l'ancien pupille, la femme veuve, divorcée ou séparée de corps, perdent de plein droit, le premier le domicile du tuteur, la seconde le domicile du mari? Non, autrement ils seraient provisoirement sans domicile, situation que nos lois, d'après nous, n'autorisent pas. Et, en tout cas, la seule cessation de la cause qui donnait lieu à l'attribution du domicile légal ne fait pas forcément supposer chez ces personnes l'intention de transférer ailleurs leur domicile; elles conservent donc l'ancien tant qu'elles n'ont pas fait le nécessaire pour en acquérir un nouveau. C'est dire, en d'autres termes, que leur domicile de droit devient un simple domicile de fait : le domicile imposé se transforme en un domicile volontaire, qu'elles sont libres comme tel d'abandonner aussitôt qu'elles le jugent à propos, parfois pour revenir au domicile qu'elles avaient primitivement. Mais celui-ci n'est pas recouvré par elles de plein droit, toute translation de domicile exigeant un élément intentionnel et un élément de fait que rien ne saurait remplacer (1).

## § II. *Du domicile de fait ou domicile établi par la volonté de l'homme.*

**1009.** Toute personne qui n'a pas un domicile imposé par la loi peut s'en créer un là où elle le juge convenable et choisir librement le lieu où elle veut l'établir.

Le législateur semble avoir considéré l'acquisition d'un domicile par la volonté de l'homme comme correspondant toujours à la perte d'un domicile antérieur. C'est ce qui résulte de la suppression, par le conseil d'Etat, de la disposition qui était relative, dans le projet du code, à l'établisse-

(1) Pothier, *Introd. générale aux cout.*, n. 12 ; Demolombe, I, n. 370; Laurent, II, n. 98 ; Huc, I. n. 389 ; Planiol, I, n. 574 et 595 ; Beudant, I, n. 159 et 161 ; Fuzier-Herman, art. 102, n. 16 s., et art. 108, n. 2 et 50. — Trib. Lorient, 16 mars 1897, D., 97. 2. 462. — Cpr. Aubry et Rau, I, § 143, p. 892, n. 15 et 16, et § 144, p. 893 et 894, n. 5-7. — Colmar, 27 juill. 1829, S., 29. 2. 349, D., 29. 2. 223. — Civ. rej., 19 mai 1830, S., 30. 1. 325, D., 30. 1. 245. — Nîmes, 8 juil. 1830, S., 31. 2. 133, D., 31. 2. 169. — Civ. rej., 27 avril 1895, S., 96. 1. 191. — Civ. cass., 24 mars 1896, S., 97. 1. 100. — Req. rej., 14 juin 1904, D., 1905. 2. 329. — Req. rej., 25 juil. 1904, D., 1905. 1. 250.

ment ou à la formation du domicile, et qui en fut retranchée par ce motif que toute personne a un domicile d'origine. Et c'est également ce que l'on peut induire des textes, qui, en ne parlant que du changement de domicile (art. **103**), donnent ainsi à entendre, d'une part, que celui qui acquiert un domicile par sa volonté en avait déjà un, et, d'autre part, que l'acquisition d'un nouveau domicile entraîne la perte de l'ancien (1).

Est-il donc vrai : 1° que toute personne ait un domicile; 2° qu'une personne ne puisse en avoir plus d'un?

**1010.** Et d'abord peut-on n'avoir aucun domicile? Nous ne le croyons pas. Notre opinion prend d'abord un point d'appui des plus solides dans les travaux préparatoires de la loi qui viennent d'être rappelés. Si le conseil d'Etat retrancha la disposition du projet ainsi conçue : « le domicile se formera par l'intention jointe au fait d'une habitation réelle », ce fut parce qu'elle était susceptible de laisser supposer qu'un individu sans domicile jusque-là pouvait en acquérir un. Or cette supposition d'un individu sans domicile parut inadmissible à cette assemblée, toute personne ayant un domicile d'origine. La loi attribue en effet de plein droit un domicile à l'enfant qui vient de naître, le domicile d'origine, le domicile paternel ou naturel, comme on l'appelait autrefois. Or ce domicile se conserve, on le sait, jusqu'à ce qu'on en ait acquis un nouveau. Notre ancien droit le décidait ainsi : « On est présumé, disait le président Bouhier (2), avoir toujours conservé ce domicile, à moins qu'on ne prouve qu'on en ait changé », et Pothier (3) exprimait exactement la même pensée sous une autre forme.

D'autre part, tous les textes, à notre Titre, prouvent que toute personne a un domicile, l'art. **102**, qui parle du domicile « de tout Français », comme les art. **103** et suivants, qui réglementent uniquement le changement, la translation de domicile, et nulle part son établissement, son acquisition par une personne qui jusque-là n'en avait pas. Tous ainsi ils

(1) Beudant, I, n. 161.
(2) *Observ. sur la Cout. de Bourgogne,* ch. XXII, n. 3.
(3) *Introd. gén. aux Cout.*, ch. I, n. 12.

impliquent que l'acquisition d'un domicile entraîne nécessairement la perte du précédent, et que par suite toute personne qui acquiert un domicile en avait déjà un. Nulle part, non plus, la loi ne laisse entrevoir que le domicile puisse se perdre sans être remplacé par un autre, et ce silence est d'autant plus significatif, que, étant considéré le but du domicile, qui est de donner, au moins en droit, une situation fixe à la personne, il est absolument nécessaire que chacun en ait un. Et c'est bien ainsi que le législateur l'a voulu, puisqu'il a puni celui qui, par sa vie vagabonde, non pas, comme on le répète trop souvent, se trouve être sans domicile, mais rend son domicile incertain (art. 270 et 271 C. pén.).

On objecte, il est vrai, qu'il résulte de l'art. 59, al. 1, du code de procédure civile qu'on peut ne pas avoir de domicile, puisqu'en matière personnelle le défendeur doit être assigné en ce cas devant le tribunal de sa résidence. Mais il est deux manières de réfuter cette objection. On peut d'abord observer que les mots « s'il n'a pas de domicile » de l'art. 59-1er al. sont expliqués par l'art. 69-8° C. pr., qui parle du cas où le défendeur n'a pas en France de « domicile connu ». L'idée contenue dans cette dernière disposition, à savoir que le défendeur a nécessairement un domicile, mais que celui-ci peut être ignoré, est, selon toute vraisemblance, celle qu'a voulu également exprimer la première. Mais on peut aussi, nous semble-t-il, faire une réponse encore plus péremptoire à l'argument. L'art. 59 al. 1, lorsqu'il parle du cas où le défendeur n'a pas de domicile en France, a peut-être en vue à la fois le cas d'un Français ayant son domicile en pays étranger et celui où le défendeur étranger peut être actionné, comme tel, devant un tribunal de France.

Malgré la gravité des motifs qui précèdent, de nombreux auteurs prétendent pourtant qu'il y a des hypothèses exceptionnelles dans lesquelles un individu se trouve sans domicile.

Ce serait d'abord le cas lorsque la maison dans laquelle se trouve situé le domicile d'une personnne vient à être complètement détruite. Le domicile, dit-on, disparaît avec elle. C'est ce qui ne paraît pas sérieusement soutenable. La loi ne dit pas que le domicile est nécessairement dans une maison,

mais au lieu du principal établissement. Et, de fait, il est parfois impossible de rattacher le domicile à une habitation déterminée : c'est ce qui arrive quand celui d'un fonctionnaire nommé à vie est transféré dans le lieu où il doit remplir sa fonction, avant même qu'il ne s'y soit transporté. Cette circonstance n'empêche point les effets ordinaires du domicile de se produire. La situation est la même pour celui dont l'habitation a été détruite, et elle restera telle jusqu'à ce qu'il ait acquis un nouveau domicile. Au surplus, ceux qui ont proposé cette hypothèse ont trop évidemment confondu les deux sens du mot domicile que nous avons distingués.

On cite ensuite le cas de l'enfant né de parents sans résidence fixe et qui habitent partout sans demeurer nulle part, comme les comédiens ambulants ou les marchands colporteurs. Quel domicile cet enfant né, peut-être, dit-on, dans une voiture, pourrait-il recevoir lors de sa naissance ? Il est donc sans domicile. — On ne peut nier qu'il soit souvent difficile, parfois même impossible, de déterminer celui qu'il a. Mais résulte-t-il de là qu'il n'en n'ait pas ? Non, car apparemment parmi les ancêtres de l'enfant, à quelque époque que la famille ait commencé sa vie errante, il y en a bien un qui avait un domicile ; or il a transmis celui-ci à ses descendants successivement, de sorte qu'au bout d'un certain nombre de générations la trace de ce domicile peut bien être perdue, mais il n'en existe pas moins : il n'est qu'inconnu. Et peu importe le lieu où l'enfant est né : car ce n'est pas, comme l'objection tendrait à le faire croire, le lieu de naissance, mais bien la filiation qui détermine le domicile d'origine de l'enfant. Et son père lui a communiqué son propre domicile, lui fût-il inconnu à lui-même.

Mais, insiste-t-on, quel peut être le domicile paternel de l'enfant naturel dont les auteurs sont inconnus ? — Cette dernière circonstance n'empêche nullement qu'il ait un domicile de cette espèce : seulement il reste inconnu tant que la filiation de l'enfant elle-même n'aura pas été légalement établie. Du reste, en attendant qu'elle le soit, il a déjà un domicile de droit, dont le siège a été précédemment déterminé, ce qui suffit pour réduire à néant cette nouvelle objection.

Dire enfin, comme on l'a fait, que celui qui a plusieurs établissements, exactement de même importance, n'a pas de domicile, puisque, pour en avoir un, il faut un principal établissement, c'est avancer la plus singulière des propositions. Comment prétendre sérieusement que la multiplicité des établissements d'une personne puisse, lorsqu'aucun d'eux ne l'emporte sur les autres, avoir cet étrange résultat qu'elle n'ait de domicile nulle part? Le bon sens ne saurait guère s'accommoder d'un raisonnement aussi subtil. Le domicile pourra, sans doute, être incertain dans les circonstances presque invraisemblables qu'on suppose; mais, quoiqu'il soit indéterminé, il n'en existera pas moins. Notre conclusion est donc que toute personne a nécessairement un domicile (1).

**1011.** Seulement ce domicile peut être connu ou inconnu. S'il est inconnu ou incertain, la résidence remplace à tous les points de vue le domicile, du moins en principe, car il est certains actes qui ne peuvent s'accomplir qu'au domicile véritable. S'il est connu, c'est à lui seul qu'il faut s'attacher, la personne eût-elle rompu toute relation ou n'en eût-elle jamais eu avec le lieu où il est fixé. Cette situation sera, sans doute, pleine d'inconvénients pour elle, mais elle n'en pourra imputer qu'à elle-même la responsabilité. L'un des auteurs qui ont le plus énergiquement soutenu la thèse contraire à celle que nous avons adoptée, M. Demolombe (2), est obligé d'accepter ces résultats en ce qui concerne la compétence du tribunal et le lieu d'ouverture de la succession, et ne les repousse qu'en ce qui touche la signification des exploits. Mais il est permis de trouver que les distinctions auxquelles il se livre sont purement arbitraires. Et quant à M. Demante, il va jusqu'à admettre, sans crainte de paraître se contredire, que, si la

(1) Toullier, I, n. 371; Duranton, I, n. 360; Proudhon, I, p. 243; Richelot, I, n. 224, note 8, et n. 225; Laurent, II, n. 66, 71, 74-76; Huc, I, n. 373; Beudant, I, n. 162; Surville, I, n. 130; Fuzier-Herman, art. 102, n. 12 s. — Req. règl., 12 déc. 1877, S., 78. 1. 18. — Req. règl., 5 nov. 1890, S., 91. 1. 255. — Civ. cass., 30 mars 1892, S., 92. 1. 524, D., 93. 1. 29. — *Contra :* Demolombe, I, n. 348; Demante, I, n. 133 *bis*, IV; Valette, *Cours de Code civil*, I, p. 139; Marcadé, I, art. 103-III et IV, n. 316 et 317; Planiol, I, n. 596; Despagnet, n. 168. — Cpr. Aubry et Rau, I, § 144, p. 893, n. 3.

(2) I, n. 348-2°. — Cpr. Demante, I, n. 133 *bis*, IV et V.

personne n'a pas de résidence fixe, il sera raisonnable de s'attacher à son ancien domicile, « quoiqu'elle l'ait perdu », sous le double rapport de la compétence du tribunal et de la validité des significations (1).

**1012.** De ce qu'une personne ne peut pas ne pas avoir de domicile, il faut conclure : 1° qu'il n'y a pas lieu de s'occuper de l'établissement ou de la formation du domicile par la volonté de l'homme, mais seulement de sa translation, puisque, au moment où cette volonté peut opérer, elle se trouve en présence d'un domicile déjà acquis ;

2° Que les personnes civiles ou morales ont un domicile, tout comme les personnes physiques (2). Pour être moindre que lorsqu'il s'agit de ces dernières, l'intérêt qu'il y a à ce que les personnes civiles aient, elles aussi, un domicile, ne saurait être méconnu. — On a émis parfois quelques doutes à ce sujet, par ces divers motifs que, l'existence de ces personnes et le domicile constituant deux fictions, il faut, pour leur reconnaître un domicile, enter une fiction sur une autre, ou que ces personnes n'ont que les droits nécessaires à la réalisation du but qu'elles poursuivent, ou enfin que l'art. 102 ne parle que du domicile des Français et que les personnes morales n'ont pas, à proprement parler, de nationalité. Et on a proposé alors de dire que pour elles le domicile est remplacé non pas précisément par la résidence, car la résidence est chose de fait et l'idée de résidence ne peut guère s'appliquer à un être immatériel, mais par la « maison sociale », suivant les termes mêmes de l'art. 69-6° C. pr., ou par le « lieu où elles sont établies », comme le dit l'art. 59 al. 5 C. pr. Mais toutes ces propositions sont susceptibles, les unes d'être très sérieusement contestées, les autres d'être taxées de pures subtilités (3).

**1013.** Peut-on maintenant avoir deux ou plusieurs domi-

(1) Beudant, I, n. 162. — Cf. Fuzier-Herman, art. 102, n. 18 s.

(2) Le domicile d'une société est au siège social. Il y demeure, même après sa dissolution, pour les besoins de la liquidation. Req. rej., 3 janv. 1900, S., 1900. 1. 391, D., 1900. 1. 95.

(3) Cpr. Aubry et Rau, I, § 141, p. 881, n. 1 ; Laurent, II, n. 390 ; Huc, I, n. 372 ; Beudant, I, n. 162. — Req. règl., 1er déc. 1884, S., 86. 1. 276, D., 85. 1. 372.

ciles généraux? La solution négative, contraire aux décisions du droit romain et de notre ancienne jurisprudence (1), est très généralement admise dans la doctrine, et à vrai dire elle n'est guère douteuse. Elle résulte d'abord des travaux préparatoires de la loi, et notamment du discours de Malherbe au Corps législatif (2), dans lequel cet orateur du Tribunat l'a très nettement exposée. En outre, et ainsi qu'il l'exprimait lui-même, l'unité du domicile est positivement établie par l'art. **102**, aux termes duquel le domicile est au lieu du principal établissement : or le principal établissement est nécessairement unique, puisque c'est celui qui domine tous les autres. Et c'est pourquoi la disposition du projet qui consacrait explicitement cette unité a été supprimée comme inutile. Faut-il enfin ajouter que les art. **103** et suivants donnent à entendre que l'acquisition d'un nouveau domicile fait toujours perdre l'ancien, puisqu'ils parlent uniquement de changement de domicile, et que l'art. **110** suppose que toute succession s'ouvre en un lieu unique? Au surplus, si le domicile est le siège juridique de la personne, de l'unité de celle-ci dérive nécessairement l'unité de celui-là (3).

**1014.** Toutefois le principe de l'unité du domicile général ne s'oppose pas à ce que, en fait et à certains égards, une même personne puisse être traitée comme si elle avait plusieurs domiciles, de même qu'un individu peut être considéré, sous certains rapports, comme n'en ayant pas. Et, par exemple, les tiers pourraient, dans leurs relations avec une personne qui aurait dans deux villes des établissements de même importance, sans que rien indiquât lequel est le principal, l'envisager, notamment au point de vue de la compétence de

(1) L. 5; L. 6, § 2; L. 27, § 2; D., *Ad municip.*, L. 1; Savigny, *Système de dr. rom.*, trad. Guénoux, VIII, § 354, p. 66 s. — Cf. Merlin, *Rép.*, v° *Domicile*, § 8.

(2) Locré, *Lég.*, III, p. 452, n. 2. — Cf. également Tronchet, *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég*, III, p. 405, n. 3.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Déclinatoire*, § 1; Maleville, I, sur l'art. 111; Boncenne, *Théorie de la proc. civ.*, II, p. 198; Aubry et Rau, I, § 142, p. 886, n. 1 *bis*; Demolombe, I, n. 347; Toullier, I, n. 367; Duranton, I, n. 359; Delvincourt, I, p. 44, note 6, et nota; Richelot, I, n. 224; Laurent, II, n. 69; Huc, I, n. 371; Beudant, I, n. 162; Planiol, I, n. 597; Despagnet, n. 168; Fuzier-Herman, art. 102, n. 6. — Req. rej., 4 août 1896 (sol. impl.), S., 1900. 1. 515, D., 97. 1. 605. — Cpr. Demante, I, n. 133 *bis*, IV. — Surville, I, n. 130.

la juridiction et des significations à faire, comme étant domiciliée soit dans l'un, soit dans l'autre lieu. Seule, en effet, cette personne doit souffrir de l'équivoque qu'elle entretient et qu'il ne dépend que d'elle de dissiper : le domicile apparent tient lieu pour elle de domicile réel (1).

**1015.** Le principe de l'unité de domicile s'applique-t-il même aux personnes morales? La jurisprudence admet que, lorsqu'une société commerciale étend le réseau de ses opérations sur une grande surface de territoire, et a, outre son siège social, des succursales dans des localités plus ou moins nombreuses, elle peut être assignée par exploits donnés en ces diverses succursales et devant les tribunaux dans le ressort desquels elles sont situées, pour l'exécution des actes ou contrats qu'elle y a passés et la réparation du préjudice résultant des délits ou quasi-délits qui y ont été commis et dont elle est civilement responsable (2). On aperçoit vite combien favorable est cette jurisprudence aux particuliers qui ont à plaider contre ces compagnies, puisqu'ils peuvent ainsi se dispenser de les poursuivre loin de chez eux et devant le juge du lieu où leur siège social est situé, c'est-à-dire, pour les grandes compagnies, presque toujours à Paris (3). Mais, si

(1) Cf. les autorités citées à la note précédente, et Req. rej., 4 août 1896, S., 1900. 1. 515, D., 97. 1. 605. — Douai, 26 oct. 1898, D., 1900. 2. 236. — Cpr. Massé, *Dr. commerc.*, II, n. 1004. — Req. rej., 7 juil. 1885, S., 86. 1. 152, D., 86. 1. 159. — Civ. cass., 28 juil. 1902, *J. Clunet*, 1903, p. 325.

(2) Req. rej., 15 mai 1844, S., 44. 1. 394, D., 44. 1. 271. — Req. rej., 26 nov. 1849, S., 50. 1. 45, D., 50. 1. 59. — Req. rej., 30 juin 1858, S., 58. 1. 651, D., 58. 1. 424. — Req. rej., 19 juin 1876, S., 76. 1. 383, D., 77. 1. 134. — Civ. cass., 3 fév. 1885, S., 85. 1. 269, D., 86. 1. 304. — Civ. cass., 4 mars 1885, S., 85. 1. 169, note de M. Lyon-Caen, D., 85. 1. 353 et note. — Civ. rej., 30 juin 1891, S., 91. 1. 479, D., 94. 1. 539. — Req. rej., 15 avril 1893, S., 93. 1. 319, D., 94. 1. 539. — Cpr. Req. règl., 4 mars 1845, S., 45. 1. 273, D., 46. 1. 208. — Civ. cass., 5 août 1859, S., 59. 1. 673 et note, D., 59. 1. 147 et note. — Req. rej., 18 nov. 1890, S., 93. 4. 22, D., 92. 1. 414. — Lyon, 4 nov. 1896, D., 97. 2. 327, note. — Paris, 15 déc. 1896, D., 97. 2. 126. — Agen, 4 nov. 1897, Rouen, 9 avril 1898, et Agen, 29 juin 1898, D., 1900. 2. 99. — Alger, 16 nov. 1898, D., 1900. 2. 482. — Agen, 14 déc. 1898, S., 1900. 2. 194, D., 1900. 2. 99. — Orléans, 16 mars 1899, D., 1900. 2. 99. — Civ. cass., 27 juin 1899, D., 1900. 1. 227. — Pau, 26 nov. 1900, S., 1901. 2. 15. — Bourges, 30 nov. 1903, S., 1904. 2. 108.

(3) Il en est ainsi de la Compagnie des chemins de fer du Midi, comme des autres compagnies. Bordeaux n'est qu'une gare succursale. Bordeaux, 18 janv. 1904, S., 1904. 2. 109, D., 1904. 2. 267.

cette solution se recommande et s'explique par ses très grands avantages pratiques, il est peut-être plus difficile de la justifier juridiquement.

Les arrêts disent que la société a autant de domiciles que de succursales. Mais c'est tout simplement mettre de côté le principe de l'unité du domicile, sans énoncer les motifs pour lesquels on l'écarte. Et pourquoi donc une personne civile n'aurait-elle pas son siège juridique, tout comme une personne physique, au lieu où se trouve son principal établissement? Qu'importerait, à cet égard, qu'elle ne fût, comme on le dit, qu'une fiction, qu'une collection d'intérêts? Le centre de ses intérêts ne peut-il pas se déterminer comme se détermine le centre des intérêts d'un individu?

Pour M. Demolombe (1), qui, avec tous les auteurs (2), accepte les décisions de la jurisprudence, la compagnie est censée avoir élu domicile dans chacun de ses établissements accessoires, pour les rapports qui s'y forment entre elle et les particuliers. Et cette explication nous paraît la meilleure de toutes celles qu'on a proposées, surtout si l'on estime que les personnes civiles ont, comme les autres, un domicile véritable. Il est vrai que la question de savoir si l'élection de domicile peut être tacite, comme en l'espèce, est controversée, mais nous la résoudrons affirmativement. On peut encore, et avec plus de raison, objecter que la volonté d'élire domicile n'apparaît pas ici bien nettement, du moins de la part de la compagnie. Car, si le particulier trouve son intérêt à cette élection, comment prêter pareille intention à la société, qui y perd le bénéfice de la compétence du droit commun? Mais on

(1) I, n. 371 *bis*. — Cpr. Beudant, I, n. 171; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *Leç. de proc. civ.*, 14e édit., I, n. 137, p. 125, texte et note. — Orléans, 19 mars et 7 août 1886, S., 87. 2. 244, D., 87. 2. 107. — Civ. rej., 7 déc. 1886, S., 87. 1. 70, D., 87. 1. 101.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 886, n. 1 *bis* ; Laurent, II, n. 70; Huc, I, n. 372; Beudant, I, n. 162 ; Capitant, p. 142, note 1 ; Pardessus, *Dr. commer.*, V, n. 1094; Massé, *Droit commercial*, II, n. 1005; Fuzier-Herman, art. 111, n. 13 s.; Orillard, *De la compétence des trib. de com.*, n. 601; Féraud-Giraud, *Code des transports par chem. de fer*, 2e édit., II, n. 988 et 1023; Bédarride, *Des chemins de fer*, II, n. 568 s.; Sarrut, *Législ. et jurispr. sur le transport des marchandises par chem. de fer*, n. 837 s.; Duverdy, *Traité du contrat de transport*, n. 156. — Cpr. Surville, I, n. 130.

peut répondre qu'elle-même gagne à renoncer à ce bénéfice, en aidant par là au développement de ses affaires, puisque ce développement doit être favorisé par les facilités qu'elle offre à sa clientèle, et que par suite on peut très raisonnablement supposer qu'elle s'est conformée à son intérêt bien entendu.

Pour ceux qui ne reconnaissent pas de domicile aux personnes morales, il faut chercher un autre fondement à la jurisprudence. C'est ainsi que M. Laurent, après avoir observé que les sociétés de commerce doivent être, aux termes de l'art. 69-6° C. pr., assignées en leur maison sociale, dit qu'elles peuvent avoir plusieurs maisons. « Ce qui est impossible pour l'homme, écrit-il, devient possible pour des êtres moraux, puisque pour eux le domicile n'est qu'une fiction. Il est attaché au siège de leurs affaires ; or ils peuvent avoir plus d'un centre d'opérations, donc plus d'un domicile. » Mais cet essai d'explication ne paraît guère heureux. Comme d'abord le domicile n'est jusqu'à un certain point qu'une abstraction, son caractère à cet égard est le même pour toutes les personnes, quelle qu'en soit la nature. Puis un individu peut avoir, de même qu'une personne civile, plusieurs « centres d'opérations », et pourtant il n'a qu'un domicile : pourquoi alors une société pourrait-elle avoir plusieurs maisons sociales ? Et pourquoi enfin la « maison sociale » différerait-elle du domicile en ce point essentiel qu'elle ne serait pas le principal établissement ? On cherche vainement une réponse à toutes ces questions. Il est vrai que l'art. 42 C. co. suppose l'existence, pour une même société, de plusieurs « maisons de commerce », et qu'il exige la publication de l'acte constitutif dans les divers arrondissements où elles sont situées. Mais cette prescription s'explique par la nécessité de faire connaître la société partout où elle a des établissements, sans qu'on soit autorisé à en conclure que ces « maisons de commerce » doivent être considérées comme autant de sièges sociaux (1). Et au surplus cette différence entre le « siège

(1) Soutiendrait-on qu'un simple commerçant doit être considéré comme domicilié dans chacune de ses succursales, si la création de celles-ci devait être, comme elle l'est dans beaucoup de législations étrangères, accompagnée de l'accomplissement de formalités de publicité ?

social » et la maison de commerce ressort nettement des art. 55, 57 et 59 de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés.

Encore moins probant est l'argument que tire M. Huc de la faculté qu'on a, aux termes de l'art. 69-6° C. pr., d'assigner la société qui n'a pas de maison sociale au domicile de l'un des associés. La société, dit-il, est alors traitée « comme si elle avait son domicile chez chacun des associés, considéré isolément. La pluralité des domiciles, admise en ce cas, doit l'être à plus forte raison quand la société a plusieurs maisons sociales distinctes ». Raisonnement peu rigoureux! Car, d'une part, la société n'a nullement, dans le cas prévu, plusieurs domiciles : elle ne peut être assignée, faute de siège social, en plusieurs endroits, que parce que force est alors de l'assigner chez ses membres, dont chacun a nécessairement un domicile. Et, d'autre part, cette pluralité de domiciles existât-elle, faute de siège social, qu'il n'en résulterait nullement qu'elle s'impose encore lorsque précisément la personne civile a son « siège » propre, le « lieu où elle est établie » : pourquoi donc celui-ci ne l'emporterait-il pas sur tous ses établissements secondaires? — Enfin dangereuse et fausse théoriquement nous paraît être cette proposition de M. Huc que, lorsque « il s'agit d'une personne ayant seulement une existence fictive, il est facile d'admettre, dans le cas où elle possèderait plusieurs maisons ou succursales, qu'elle se subdivise en autant de personnes distinctes qu'il y a de succursales ». On pourrait facilement tirer de cette proposition telles conséquences que personne n'hésiterait à répudier.

**1016.** Du reste, quel que soit le fondement juridique sur lequel repose la doctrine commune, on s'accorde à décider qu'une société ne peut être considérée comme domiciliée dans ses établissements secondaires qu'à trois conditions. Il faut :

1° Que ces établissements aient réellement le caractère de succursales, ce qui s'apprécie d'après leur importance et l'étendue des pouvoirs de ceux qui les dirigent;

2° Qu'il s'agisse des actes et des opérations qui se sont accomplis dans ces succursales;

3° Enfin que l'existence, la constitution, l'organisation ou le fonctionnement de la société ne soient pas mis en question

par la difficulté à laquelle donne lieu l'acte accompli dans la succursale (1).

Nous remarquerons que toutes ces conditions ne s'expliquent bien que si l'on suppose une élection de domicile faite par la société dans ses établissements secondaires; car c'est se conformer à son intention présumable que de faire toutes ces restrictions, tandis qu'elles se justifient assez difficilement, au contraire, si on admet la coexistence de plusieurs maisons sociales équivalant à autant de domiciles, et, par conséquent, ayant en droit la même importance les unes que les autres. Pourquoi distinguerait-on alors entre elles, suivant la nature ou l'origine de l'action?

**1017.** Les déportés et les transportés ou relégués concessionnaires de terre ont un domicile légal dans la colonie où ils subissent leur peine, pour les droits dont ils ont l'exercice dans celle-ci, tandis que pour tous les autres leur domicile est chez leur tuteur (2). Il n'y a pas là une exception au principe de l'unité du domicile général, car le domicile de ces condamnés dans la colonie est un domicile spécial, qui ne leur est imposé par la loi que limitativement et pour l'exercice de certains droits (3).

**1018.** Il convient, après avoir établi ce double principe que toute personne a un domicile général et n'en a qu'un, de rechercher où il est situé, lorsqu'il ne lui est pas imposé par la loi. Il est, disait le jurisconsulte romain (L. 7, C., *De incolis*, X, 40), « *ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit* » (4). C'est cette même pensée que l'art. 102 exprime en termes moins imagés : « *Le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement* », c'est-à-dire le centre de ses intérêts, intérêts matériels et intérêts d'affection et de famille tout à la fois. Il y a donc une certaine intimité entre la personne et le lieu où elle est domiciliée, et c'est ce que donnerait à entendre l'une des étymologies proposées du

(1) Cf. les autorités citées à la note 2 de la p. 196 et à celles de la p. 197.
(2) Cf. *supra*, n. 1006.
(3) Cf. Planiol, I, n. 598.
(4) Cf. Emmery, *Exp. des motifs*, Locré, *Lég.*, III, p. 434, n. 2.

mot domicile (*domum colere*), qui montrerait qu'il est au lieu de prédilection (1).

D'ailleurs la question de savoir où est situé le principal établissement d'une personne, et par suite son domicile, est essentiellement une question de fait, dont la solution, en cas de contestation, appartient souverainement au juge du fond. On verra bientôt, à propos du transfert du domicile, à quels signes on peut le reconnaître (2).

**1019.** Notre disposition n'exige nullement, au reste, que le domicile du Français soit en France : il sera donc à l'étranger, si c'est là qu'est son principal établissement. L'opinion contraire, soutenue notamment par M. Demolombe (3), ne repose que sur une pure pétition de principe et sur une mauvaise raison. La pétition de principe est évidente : « un domicile en pays étranger, dit l'éminent auteur, est, en ce qui concerne la loi française, comme s'il n'existait pas ; car il ne saurait, sous aucun rapport, remplacer le domicile en France. » Or c'est ce qu'il reste précisément à démontrer. Quant à la mauvaise raison, elle consiste à prétendre que l'établissement du Français en pays étranger ne présente pas « ces caractères de durée, de fixité, qui constituent le domicile », puisque ce national est toujours présumé conserver l'esprit de retour. Cette présomption, d'abord, n'est plus consacrée par la nouvelle loi sur la nationalité. Mais, même sous l'empire du Code civil, qui l'avait admise, il n'était point permis d'en induire que le domicile doit être établi en un lieu

(1) Cpr. Aubry et Rau, I, § 144, p. 892 et 893, n. 1 *bis* et 2; Demolombe, I, n. 344; Laurent, II, n. 65 et 69; Beudant, I, n. 156; Planiol, I, n. 566 s.; Surville, I, n. 126.

(2) Aubry et Rau, I, § 141, p. 881, n. 1; Demolombe, I, n. 345; Huc, I, n. 373; Beudant, *loc. cit.*; Planiol, I, n. 569; Fuzier-Herman, art. 102, n. 35 s. — Req. rej., 27 mai 1884, S., 85. 1. 209, rapp. de M. Lepelletier, D., 84. 1. 437. — Civ. rej., 20 nov. 1889, S., 90. 1. 155, D., 90. 1. 171. — Civ. rej., 26 avril 1895, S., 96. 1. 148. — Req. rej., 1er juill. 1896, S., 96. 1. 225, note de M. Pillet. — Req. rej., 22 oct. 1900, S., 1901. 1. 88, D., 1900. 1. 520, *J. Clunet*, p. 964. — Req. rej., 21 oct. 1902, D., 1902. 1. 542. — Req. rej., 17 mars 1903, S., 1903. 1. 412, D., 1904. 1. 82. — Req. rej., 12 juin 1903, S., 1903. 1. 412, D., 1903. 1. 410. — Cf., pour le cas où la maison habitée fait partie de deux communes, Rouen, 8 avril 1903, S., 1904. 2. 102, D., 1903. 2. 439. — Cpr. Limoges, 19 nov. 1895, D., 1902. 2. 318.

(3) I, n. 349; Fœlix, *Droit international*, I, n. 28; Louiche-Desfontaines, *Influence de l'émigration sur l'état des personnes*, p. 57.

à perpétuelle demeure (1) : il suffit que le principal établissement ait le caractère de stabilité et de permanence qui fait distinguer le domicile de la résidence et de l'habitation. Or ce caractère, l'établissement du Français peut le présenter aussi bien à l'étranger qu'en France. Donc le Français peut être domicilié à l'étranger. Et c'est au surplus ce que laisse entendre l'art. 69-9° C. pr. (2).

**1020.** Inversement, un étranger peut-il être domicilié en France? Il le peut d'abord, bien certainement, s'il a été autorisé par décret à fixer son domicile dans notre pays, conformément à l'art. 13.

Mais le peut-il également, s'il ne remplit pas cette condition? Nous le croyons très fermement. Cette faculté lui était très généralement reconnue dans l'ancien droit et dans le droit intermédiaire (3), et rien ne prouve que les rédacteurs du Code civil aient voulu la lui retirer. Vainement invoque-t-on pour en inférer cette intention, les paroles prononcées dans la discussion, à propos de l'art. 13, par le tribun Gary (4), car elles se rapportaient à l'établissement du domicile envisagé comme préliminaire de la naturalisation. Et cette intention ne résulte pas non plus des textes : ni de l'art. 102, qui ne parle, il est vrai, que des Français, mais uniquement parce qu'il veut établir une opposition entre le domicile civil et le domicile politique de nos nationaux; ni de l'art. 13, qui, loin de dire qu'un étranger ne peut acquérir en France de domicile sans l'autorisation du gouvernement, laisserait même plutôt entendre, en faisant une situation de faveur à celui auquel elle a été accordée, que l'étranger

(1) Cf. *infra*, n. 1029 *bis*.

(2) Aubry et Rau, I, § 141, p. 883 et 884, n. 4 ; Laurent, II, n. 67; Huc, I, n. 370; Demangeat sur Fœlix, p. 58, note *b* ; Despagnet, n. 158; Weiss, p. 128, note 1 ; Fuzier-Herman, art. 102, n. 50 s. — Req. rej., 21 juin 1865, S., 65. 1. 313, D., 65. 1. 418. — Civ. rej., 27 avril 1868, S., 68. 1. 257, D., 68. 1. 302. — Req. rej., 6 mars 1888, S., 91. 1. 27, D., 88. 1. 486. — *Contra :* Demolombe, I, n. 349. — Cpr. Demante, I, n. 242 *bis*, II. — Cf. sur la situation des Français établis à l'étranger, Despagnet, n. 158-166.

(3) Cf. Merlin, *Rép.*, v° *Divorce*, sect. IV, § 10, et v° *Domicile*, § 13. — Civ. rej., 30 nov. 1814, S., 15. 1. 186, D., *Rép.*, v° *Droits civils*, n. 383. — Riom, 7 avril 1835, S., 35. 2. 274, D., 36. 2. 57.

(4) *Disc. au Corps lég.*, Locré, *Lég.*, II, p. 343, n. 9.

peut être domicilié dans notre pays sans autorisation, sauf à ne bénéficier que du régime déterminé par l'art. 11 (1). Quant à l'avis du conseil d'Etat des 18-20 prairial an XI, qu'on oppose à notre opinion, il est à la fois dépourvu de toute force légale, par suite de sa non insertion au *Bulletin des lois,* et relatif à une tout autre difficulté que celle dont il s'agit.

Envisagée maintenant au point de vue des principes, la question n'est pas plus douteuse. Le droit d'avoir un domicile, en quelque lieu que ce soit, n'est évidemment pas un droit civil *stricto sensu,* mais un droit naturel, tel que nous avons défini cette sorte de droit. Outre qu'il est consacré par toutes les législations, l'ensemble des considérations qui ont fait imposer à toute personne l'obligation d'avoir un domicile exigent impérieusement qu'on ne fasse à cet égard aucune distinction entre le Français et l'étranger. Or, où serait domicilié celui-ci, s'il ne l'était pas en France, où se trouve et s'est peut-être toujours trouvé son principal ou même son unique établissement? D'autre part, on ne voit pas pourquoi l'étranger ne serait pas domicilié là où cet établissement présente les éléments, intentionnel et de fait, constitutifs du domicile. Serait-ce parce qu'il doit être présumé avoir conservé l'esprit de retour dans son pays? Mais cette supposition peut être d'abord contraire à la réalité, et en tout cas l'absence d'esprit de retour, ainsi qu'il a déjà été dit, n'est nullement une des conditions essentielles du domicile, qui très souvent n'est fixé qu'à titre temporaire. Enfin la question n'est-elle pas aujourd'hui résolue *in terminis* par l'art. 4 de la loi du 23 août 1871 sur l'enregistrement, qui parle « d'un étranger domicilié en France avec ou sans autorisation »?

Il est bien entendu d'ailleurs que l'étranger qui a établi en France son domicile sans la permission du gouvernement n'y jouit pas du bénéfice de l'art. 13 et ne cesse pas d'être soumis aux mesures de défaveur *(privilegia odiosa)* auxquelles est soumis l'étranger ordinaire (2). Mais, sous cette réserve,

(1) Cf. Treilhard, *Nouv. exp. des mot.,* Locré, *Lég.,* II, p. 319, n. 5 s.

(2) *Contra :* Trib. Rouen, 22 juin 1864, D., 65. 3. 13. — Aix, 28 août 1872, S., 73. 2. 265 et note.

son établissement doit produire tous les effets que produit normalement le domicile (1).

**1021.** La question présente du reste, au point de vue pratique, moins d'intérêt qu'elle ne semblerait devoir en offrir. Ceux-là mêmes, en effet, qui ne reconnaissent pas à l'étranger, en l'absence d'un traité ou de l'autorisation du gouvernement, le droit d'acquérir en France un véritable domicile, ce qu'ils appellent un domicile « légal », admettent qu'il a du moins la faculté de se créer un domicile qu'ils qualifient de domicile « de fait » (2), et auquel ils attachent de nombreux effets du domicile ordinaire. Et par là ils se rapprochent beaucoup des conclusions de leurs contradicteurs. D'un autre côté, les décisions de la jurisprudence, si on les envisage abstraction faite du principe d'où elles dérivent, consacrent plusieurs des conséquences du système que nous avons adopté avec la généralité des auteurs. C'est donc surtout sur le principe que la dissidence existe. Mais sur ce point les termes des arrêts manquent de la précision désirable. Ainsi, dans l'un d'eux (3), la cour de cassation, après avoir dit que « l'autorisation du gouvernement ne s'impose pas à l'étranger comme une condition préalable à l'établissement de son *domicile* en

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Domicile*, § 13; Aubry et Rau, I, § 141, p. 883, n. 5; Demante, I, n. 133 *bis*, II; Valette sur Proudhon, I, p. 237, note *a*; Valette, *Explic. somm.*, p. 60; Richelot, I, p. 310, note 1; Laurent, II, n. 68; Huc, I, n. 268; Coin-Delisle, art. 13, n. 11; Bertauld, *Quest. prat.*, I, n. 9 *quater*; Despagnet, n. 167; Weiss, p. 125; Surville et Arthuys, n. 127; Brocher, *Dr. intern. privé*, I, n. 79; Bonfils, *Compét. des trib. fr. à l'égard des étr.*, n. 188; Gerbault, *Compét. des trib. fr. à l'égard des étr.*, n. 301 s.; Jay, *Rev. prat.*, 1856, I, p. 228; L. Renault, *J. Clunet*, 1875, p. 344 et 422; Glasson, *J. Clunet*, 1881, p. 105 s.; Lyon-Caen, S., 85. 1. 169. — Req. rej., 24 avril 1827, S., 28. 1. 212, D., 27. 1. 214. — Pau, 11 mars 1874, sous Cass., S., 75. 1. 409, D., 75. 1. 343. — Trib. civ. Bruxelles, 5 janv. 1872, *Rev. de dr. intern.*, 1872, IV, p. 654. — *Contra :* Demolombe, I, n. 268; Duranton, I, n. 353; Fœlix et Demangeat, I, p. 317, note *a*; Pardessus, *Droit comm.*, VI, n. 1524; Demangeat, *De la cond. des étr.*, n. 81; Soloman, p. 69 s.; Féraud-Giraud, *J. Clunet*, 1880, p. 159, et 1885, p. 245 s., 375 s. — Civ. cass., 5 mai 1875, S., 75. 1. 409, D., 75. 1. 343. — Req. rej., 22 juill. 1886, S., 87. 1. 69, D., 87. 1. 224. — Aix, 27 mars 1890, S., 93. 1. 505, D., 91. 2. 13.

(2) A peine est-il utile de faire observer que ces expressions de « domicile légal » et de « domicile de fait » n'ont pas ici leur sens ordinaire, et qu'elles ont donc été aussi mal choisies que possible.

(3) Req. rej., 7 juil. 1874, S., 75. 1. 19, rapp. de M. Alméras-Latour, D., 75. 1. 271. — Cpr. Req., rej., 1er juil. 1896, S., 96.1. 225, note de M. Pillet.

France, mais comme un moyen d'assurer les effets de cet établissement relativement aux droits civils dont il veut se procurer la jouissance », ajoute immédiatement « qu'aucune loi ne s'oppose à ce que l'étranger, fixé en France sans avoir obtenu cette autorisation, y acquière et y conserve un *domicile de fait* entraînant certaines conséquences, telles que de le soumettre à la juridiction des tribunaux français, et de déterminer la compétence du juge qui devra connaître, après son décès, de la succession qu'il laissera en France ». La première phrase de cet arrêt semble bien reconnaître à l'étranger la faculté d'acquérir sans autorisation un « domicile », et la seconde ne lui accorde plus que celle d'avoir un « domicile de fait » (1).

Quoi qu'il en soit, on est d'accord notamment sur les conséquences suivantes du domicile (véritable ou de fait) de l'étranger établi en France sans autorisation :

1° A ce domicile doivent être faites toutes les significations d'actes qui lui sont adressées (2) ;

2° C'est pareillement ce domicile qui détermine, en matière personnelle, la compétence du tribunal dans les instances où l'étranger doit jouer le rôle de défendeur ;

3° Le tribunal du dernier domicile en France de l'étranger décédé est également compétent pour connaître de toutes les questions relatives à sa succession (3).

4° Ce domicile est aussi susceptible de déterminer le régime matrimonial de droit commun adopté par des époux étrangers qui se sont mariés en France sans contrat (4).

Mais la jurisprudence, au contraire, n'applique pas la loi française au règlement de la succession mobilière de l'étranger décédé en France, s'il n'y avait qu'un domicile non autorisé, quoiqu'elle admette, en principe, que la succession mobilière se règle par la loi du domicile du défunt (5).

(1) Cf., sur la détermination de ce domicile de fait, quant à l'application de l'art. 4 de la loi du 23 août 1871, Trib. Seine, 11 janv. 1901, D., 1901. 5. 258.

(2) Civ. cass., 28 juil. 1902, D., 1902. 3. 66, *J. Clunet*, 1903, p. 325.

(3) Req. rej., 7 juil. 1874, précité.

(4) Paris, 15 déc. 1853, S., 54. 2. 105, D., 55. 2. 192.

(5) Civ. cass., 12 janv. 1869, S., 69. 1. 138, D., 69. 1. 294. — Civ. cass., 5 mai 1875, S., 75. 1. 409, D., 75. 1. 313.

**1022.** Etabli en un lieu par la volonté de l'homme, le domicile ne se perd que par une volonté contraire, manifestée par certains faits. Ou plutôt la perte d'un domicile est subordonnée à son établissement dans un autre lieu, c'est-à-dire à son changement (1). C'est ainsi qu'il ne se perd pas par une absence plus ou moins prolongée (2). On peut donc dire en un certain sens, comme le remarquait Mouricault dans son rapport au Tribunat (3), qu'une seule condition suffit pour la conservation du domicile, comme pour celle de la possession, à savoir l'intention de le conserver. Et encore n'est-ce pas assez dire, car cette intention positive n'est même pas requise. Vainement voudrait-on abandonner son domicile, là où il est établi : malgré cette intention de ne pas l'y maintenir, on ne l'en conserverait pas moins tant qu'on ne l'aurait pas transféré en un autre lieu, puisque toute personne doit avoir un domicile, et que, d'autre part, son transfert exige plus que la simple intention d'en changer. Partant il serait plus exact d'affirmer que le domicile se conserve tant qu'on n'a pas réalisé l'intention d'en avoir un autre ou que la loi n'en a pas imposé un nouveau (4).

**1023.** Quelles sont donc les conditions du changement de domicile? « *Le changement de domicile s'opèrera par le fait* » *d'une habitation réelle dans un autre lieu, joint à l'inten-* » *tion d'y fixer son principal établissement.* » (Art. **103**). Ainsi deux conditions sont requises pour l'acquisition d'un nouveau domicile, comme pour celle de la possession, avec laquelle notre matière présente plus d'une analogie : le fait et l'intention; le fait, qui consiste dans la prise de possession d'un autre lieu d'habitation, dans l'habitation telle que nous l'avons définie; l'intention, consistant dans la volonté de transférer son principal établissement dans ce nouveau lieu (5).

(1) Civ. rej., 18 mars 1901, S., 1903. 1. 535. — Civ. cass., 15 mars 1904, D., 1904. 5. 261.

(2) Civ. cass., 24 mars 1896, S., 97. 1. 100. — Civ. cass., 13 avril 1897, S., 98. 1. 285.

(3) Locré, *Lég.*, III, p. 442, n. 6.

(4) Cpr. Demolombe, I, n. 351 ; Laurent, II, n. 78. — *Contra* : Demante, I, n. 133 *bis*, IV, et 134.

(5) Pothier, *Introd. gén. aux Cout.*, ch. I, n. 14.

Ces deux conditions sont exigées cumulativement. Le fait ne suffirait pas sans l'intention, quelque longue que fût l'habitation ou la résidence hors du lieu du domicile. Cette absence prolongée peut être effectivement tout à fait involontaire, ou du moins n'impliquer en rien la volonté de transférer celui-ci (1). Il en est ainsi de l'artiste qui va là où un engagement théâtral l'appelle (2), de l'étudiant qui ne s'éloigne que pour aller suivre les cours d'une Université (3), du militaire qui doit suivre le drapeau (4), ou du marin qui s'embarque à bord d'un navire (5).

L'intention ne suffirait pas non plus sans le fait. Eût-elle été manifestée d'une façon aussi explicite que possible, qu'elle resterait impuissante à opérer par elle-même le transfert du domicile, s'il ne venait s'y joindre le fait de l'habitation réelle dans le nouveau lieu. « Quelques signes, disait Pothier (6), qu'ait donnés une personne de la volonté de transférer son domicile dans un autre endroit, et quelque raison qu'elle ait de l'y transférer, elle demeure sujette à la loi de son ancien domicile, jusqu'à ce qu'elle ait effectivement établi le nouveau » (7).

(1) Aubry et Rau, I, § 144, p. 895, n. 10; Demolombe, I, n. 352; Demante, I, n. 134; Laurent, II, n. 78; Huc, I, n. 374; Beudant, I, n. 160; Planiol, I, n. 592; Surville, I, n. 129; Fuzier-Herman, art. 103, n. 1 s. — Req. rej., 14 fév. 1832, S., 33. 1. 70, D., 32. 1. 354. — Req. rej., 27 fév. 1856, S., 56. 1. 799, D., 56. 1. 189. — Civ. cass., 24 mars 1896, précité.

(2) Req. rej., 11 mai 1887, S., 87. 1. 376, D., 88. 1. 180.

(3) Aubry et Rau, I, § 141, p. 885, n. 8.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.;* Demolombe, I, n. 354; Duranton, I, n. 360; Proudhon, I, p. 249; Marcadé, I, art. 108-II, n. 323; Laurent, II, n. 79; Fuzier-Herman, art. 103, n. 13 s. — Req. règl., 1er mars 1826, S., 26. 1. 460, D., 26. 1. 268. — Nancy, 22 juill. 1876, S., 78. 2. 103. — Bordeaux, 21 nov. 1901, S., 1904. 2. 158, D., 1903. 2. 499. — Civ. cass., 26 mars 1902, S., 1902. 1. 343. — Civ. rej. (sur ce point), 13 juin 1903, S., 1904. 1. 292. — *Contra :* Rodier, *Quest. sur l'ord. de 1667,* tit. II, art. 3, 7e quest.

(5) Aubry et Rau, *loc. cit.;* Carré et Chauveau, I, quest. 351 s.; Fuzier-Herman, art. 103, n. 16 s. — Bordeaux, 4 juin 1862, S., 62. 2. 501 et note. — *Contra :* Rodier, *loc. cit.*

(6) *Introd. gén. aux Cout.*, ch. I, n. 14.

(7) Aubry et Rau, I, § 144, p. 894 et 895, n. 9; Demolombe, I, n. 352; Demante, I, n. 134; Laurent, II, n. 78; Huc, I, n. 374; Beudant, *loc. cit.;* Planiol, *loc. cit.;* Surville, *loc. cit.;* Fuzier-Herman, art. 104, n. 4 s. — Req. rej., 7 déc. 1885, S., 86. 1. 152, D., 86. 1. 159. — Civ. rej., 20 nov. 1889, S., 90. 1. 155, D., 90. 1. 171. — Grenoble, 17 janv. 1893, D., 93. 2. 114. — Req. rej., 21 nov. 1893, S., 94. 1.

**1024.** Celui qui allègue un changement de domicile doit en fournir la preuve, et par conséquent établir l'existence des deux conditions précédentes.

La preuve du fait, c'est-à-dire de l'habitation réelle dans le nouveau lieu, n'offre aucune difficulté. Il appartient au juge du fond d'apprécier souverainement si elle a été faite, c'est-à-dire si le transfert du domicile s'est effectivement accompli dans la réalité, et non pas seulement en apparence (1). Et toutefois il ne saurait se borner à dire que le domicile d'une personne est situé en tel lieu, sans indiquer autrement les éléments de sa décision, sans quoi il dépendrait de lui de la soustraire à la censure de la cour de cassation, qui doit pouvoir contrôler s'il a sainement apprécié les caractères juridiques du domicile (2).

Quant à la preuve de l'intention, elle est régie par les art. 104 et 105 : « *La preuve de l'intention résultera d'une déclaration expresse, faite tant à la municipalité du lieu qu'on quittera, qu'à celle du lieu où on aura transféré son domicile.* » (Art. 104). — « *A défaut de déclaration expresse, la preuve de l'intention dépendra des circonstances.* » (Art. 105). La volonté de transférer son domicile d'un lieu dans un autre peut donc être manifestée expressément ou tacitement.

**1025.** La manifestation expresse, qui n'est guère en usage, consiste dans une double déclaration, faite tant à la municipalité du lieu qu'on quitte qu'à celle du lieu où on veut s'établir. Elle fournit un moyen de preuve facile et sûr. Une déclaration faite seulement à l'une des deux municipalités ne ferait pas à elle seule preuve complète de l'intention : elle peut en effet n'annoncer qu'un projet auquel il n'a pas été

80, D., 94. 1. 60. — Paris, 15 nov. 1900, D., 1901. 2. 61. — Paris, 24 mars 1902, D., 1903. 2. 278. — Douai, 5 janv. 1903, S., 1903. 1. 205. — Cpr. Civ. rej., 14 mai 1901, S., 1904. 1. 142.

(1) Fuzier-Herman, art. 104, n. 5 s. — Req. rej., 7 mai 1839, S., 39. 1. 681, D., 39. 1. 225. — Req. rej., 17 déc. 1862, S., 63. 1. 351, D., 63. 1. 130. — Req. rej., 7 déc. 1885, précité. — Civ. rej., 26 avril 1895, S., 96. 1. 148. — Req. rej., 1er juil. 1896, S., 96. 1. 225, note de M. Pillet.

(2) Civ. cass., 21 mai 1895, D., 96. 1. 246. — Civ. cass., 30 mars 1896, S., 97. 1. 100.

donné suite (1). Il en serait de même d'une déclaration qui serait faite au greffe du tribunal du lieu que l'on veut quitter (2).

**1026.** A défaut de déclaration, la volonté de changer de domicile sera manisfestée tacitement, par certains actes de la personne, c'est-à-dire par des circonstances qui doivent témoigner « à la fois de l'abandon complet de l'ancien lieu et de l'adoption définitive du nouveau ». Les principales auxquelles le juge doit avoir égard sont : l'établissement du ménage dans la localité où la personne est allée se fixer ; la durée du séjour qu'elle y fait ; le paiement de la contribution personnelle, qui n'est due que dans la commune où l'on a son domicile (3), mais non pas celui de la contribution mobilière, car elle est due partout où l'on a du mobilier ; la vente des propriétés sises au lieu de l'ancienne habitation et l'acquisition d'autres biens dans le lieu de la nouvelle ; l'exercice permanent, en ce dernier lieu, d'un commerce, d'une industrie, d'une profession ou d'une fonction publique temporaire ou révocable ; la déclaration que la personne a faite, dans des contrats, actes ou écrits, qu'elle est domiciliée au lieu de sa nouvelle habitation ; enfin sa comparution, en matière personnelle, devant le tribunal du nouveau lieu où elle habite, sans qu'elle ait opposé l'exception d'incompétence, si ce tribunal est autre que celui devant lequel elle aurait dû être citée autrefois (4).

(1) Aubry et Rau, I, § 144, p. 895, n. 11 ; Demolombe, I, n. 352 ; Demante, I, n. 135 *bis*, I ; Laurent, II, n. 80 ; Planiol, I, n. 593 ; Surville, I, n. 129 ; Fuzier-Herman, art. 104, n. 1. — Req. rej., 8 déc. 1840, S., 40. 1. 940, D., 41. 1. 26. — Req. rej., 7 déc. 1885, précité. — Agen, 10 avril 1900, D., 1900. 2. 430.

(2) Fuzier-Herman, art. 104, n. 3. — Civ cass., 9 mars 1880, S., 80. 1. 407, D., 80. 1. 203.

(3) Cpr. Agen, 10 avril 1900, précité.

(4) Pothier, *Introd. gén. aux Cout.*, ch. I, n. 10 et 20 ; Aubry et Rau, I, § 144, p. 895 et 896, n. 11 *bis*-15 ; Demolombe, I, n. 345 et 354 ; Demante, I, n. 135 *bis*, II ; Laurent, II, n. 81 ; Beudant, I, n. 160 ; Planiol, I, n. 593 ; Surville, I, n. 129 ; Fuzier-Herman, art. 102, n. 27 s., et art. 105, n. 1 et n. 6 s. — Req. règl., 23 juil. 1840, S., 40. 1. 960, D., 40. 1. 330. — Crim. rej., 21 mai 1842, P., 42. 11. 583, D., 42. 1. 380. — Req. rej , 14 fév. 1855, S., 56. 1. 239, D., 55. 1. 398. — Req. rej , 21 juin 1865, S., 65. 1. 313, D., 65. 1. 418. — Req., rej., 10 mars 1879, S., 79. 1. 465, D., 79. 1. 354. — Req. rej., 7 déc. 1885, S., 86. 1. 152, D., 86. 1. 159. — Req. rej., 11 mai 1887, S., 87. 1. 376, D , 88. 1. 180. — Req. règl., 19 déc. 1887, S., 90. 1. 451, D., 88. 1. 459. — Cpr. Req. règl., 28 mai 1879, S., 79. 1. 311, D., 81. 1. 83. — Req. règl., 12 mai 1880, S., 80. 1. 260. — Req. rej., 24 avril 1883, S., 83.

Au contraire, le domicile politique étant distinct du domicile civil, la translation du premier n'implique nullement, par elle seule, le transfert du second (1).

**1027.** Le juge du fond est souverain appréciateur de la question de savoir si l'intention de transférer le domicile existe (2). Mais il ne saurait toutefois faire ressortir exclusivement la preuve de l'intention, soit de faits qui ne sont que la conséquence directe de la résidence, puisque la loi permet de la maintenir distincte du domicile, soit de l'usage de droits qu'elle attache à cette résidence même (3).

Ce pouvoir d'appréciation lui appartient même en présence de déclarations faites conformément à l'art. **104**, car elles n'établissent pas d'une façon absolue la volonté de changer réellement de domicile. Il se peut qu'elles aient été faites en vue de faire fraude à la loi ou de causer préjudice à un tiers, par exemple, à la veille d'un procès, pour échapper à la compétence du tribunal du lieu où l'on est actuellement domicilié (4).

**1028.** Si l'intention reste douteuse, il n'y a pas de translation de domicile, la loi exigeant que cette intention existe, et celle-ci étant, en l'espèce, indécise (5). Et toutefois les signifi-

1. 341, D., 84. 1. 101. — Req. règl., 31 janv. 1888, S., 89. 1. 295, D., 88. 1. 244. — Civ. rej., 31 mars 1896, S., 97. 1. 100. — Civ. rej., 29 mars 1897, S., 98. 1. 413. — Civ. rej., 31 mars 1897, S., 98. 1. 285. — Civ. cass., 9 avril 1900, S., 1900. 1. 288. — Civ. cass., 10 juin 1901, S., 1902. 1. 95. — Req. rej., 12 juin 1903, S., 1903. 1. 412. — Civ. cass., 27 mai 1903, S., 1904. 1. 48. — Civ. cass., 29 mars 1904, S., 1905. 1. 239. — Civ. cass., 18 avril 1904, S., 1905. 1. 414. — Cf. aussi C. d'Etat, 1er mars 1901, D., 1902. 3. 66. — Caen, 8 fév. 1904, D., 1904. 2. 438.

(1) Civ. cass., 8 janv. 1884, S., 85. 1. 431, D., 84. 1. 106.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Déclinatoire*, § 1; Aubry et Rau, I, § 144, p. 896, n. 16; Demolombe, I, n. 345 ; Duranton, I, n. 354; Demante, I, n. 135 *bis*, I; Beudant, I, n. 160; Fuzier-Herman, art. 105, n. 2. — Req. rej., 15 mars 1843, S., 43. 1. 420, D., 43. 1. 163. — Req. rej., 31 mai 1881, D., 82. 1. 18. — Civ. rej., 28 avril 1896, S., 98 1. 365. — Civ. rej., 31 mars 1897, S., 98. 1. 413. — Civ. cass., 9 avril 1900, S., 1900. 1. 288. — Req. rej., 12 juin 1903, S , 1903. 1. 412. — Civ. cass., 18 avril 1904, précité. — Cpr. Civ. cass., 30 mars 1892, S., 92. 1. 524, D., 93. 1. 29.

(3) Civ. cass., 30 mars 1892, précité.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 895, n. 11 ; Huc, I, n. 375. — Req. règl., 15 mai 1882, S., 85. 1. 15, D., 83. 1. 223. — Civ. rej., 20 nov. 1889, S., 90. 1. 155, D., 90. 1. 171. — Poitiers, 6 mars 1891, D., 92. 2. 250. — Req. rej., 23 fév. 1892, S., 92. 1. 151, D , 92. 1. 288. — Civ. cass., 28 avril 1896, S., 98. 1. 47. — Cpr. Agen, 10 avril 1900, précité.

(5) Pothier, *Introd. gén. aux cout.*, ch. I, n. 20 ; Aubry et Rau, I, § 144, p. 897,

cations faites de bonne foi au lieu de la résidence actuelle pourraient être déclarées valables, si ceux dont elles émanent ont pu légitimement croire et ont cru en réalité les faire au domicile, bien que les conditions prescrites pour la translation du domicile dans ce lieu n'aient pas été rigoureusement remplies (arg. art. 69-8° C. pr.) (1). Le domicile apparent tient lieu alors de domicile réel.

**1029.** Quand les deux conditions exigées par la loi se trouvent réunies, le domicile est immédiatement transféré : il n'est pas nécessaire que le séjour au lieu du nouveau domicile ait eu une certaine durée. L'art. 173 de la coutume de Paris exigeait une résidence d'an et jour ; et lors de la discussion du code civil on proposa de reproduire cette disposition, dans l'intérêt des tiers et de la publicité du transfert du domicile ; mais cette proposition, qui avait pour résultat de limiter à cet égard la liberté des particuliers, ne fut pas accueillie. « La résidence la plus longue, dit Emmery dans l'exposé des motifs (2), ne prouve rien, si elle n'est pas accompagnée de volonté; tandis que si l'intention est constante, elle opère avec la résidence la plus courte, celle-ci ne fût-elle que d'un jour. » C'était déjà la solution de Bouhier (3), dans l'ancien droit (4).

**1029** *bis.* D'autre part, il n'est pas nécessaire non plus, pour que le transfert s'opère, que l'établissement qui constitue le domicile soit fixé en un lieu définitivement et à perpétuelle demeure. Notre établissement participe par force de

n. 17 ; Duranton, I, n. 358 ; Laurent, II, n. 81 ; Fuzier-Herman, art. 103, n. 8, et art. 105, n. 5. — Req. rej., 14 fév. 1855, S., 56. 1. 239, D., 55. 1. 398. — Civ. cass., 24 mars 1890, S., 90. 1. 420.

(1) Aubry et Rau, I, § 144, p. 897, n. 18 ; Demolombe, I, n. 353 ; Toullier, I, n. 372 ; Laurent, II, n. 82 ; Berriat-Saint-Prix, *Proc. civ.*, I, p. 232, note 9. — Req. rej., 2 mars 1819, S., 19. 1. 385. — Cpr. Req. rej., 7 juil. 1885, S., 86. 1. 152, D., 87. 1. 12. — Trib. Bordeaux, 21 fév. 1894, D., 95. 2. 33. — Req. rej., 4 août 1896, S., 1900. 1. 515. — Douai, 26 oct. 1898, D., 1900. 2. 236.

(2) Locré, *Lég.*, III, p. 435, n. 3.

(3) *Observ. sur la cout. de Bourgogne*, ch. XXII, n. 198. — Cf. aussi Ferrière, *Cout. de Paris*, art. 173, sect. II, n. 31.

(4) Aubry et Rau, I, § 144, p. 892, n. 1 *bis;* Demolombe, I, n. 353 et 355; Toullier, I, n. 372; Duranton, I, n. 357; Laurent, II, n. 79; Huc, I, n. 374; Planiol, I, n. 594; Fuzier-Herman, art. 103, n. 3 et 4. — Orléans, 9 août 1890, D., 91. 2. 235.

l'instabilité et de la précarité des conditions de notre existence et doit pouvoir se modifier avec elles (1).

**1030.** Au surplus, le changement de domicile ne peut, en aucun cas, porter atteinte aux droits acquis à des tiers : notamment il ne peut pas avoir pour résultat d'entraîner le dessaisissement d'un tribunal compétemment saisi (2).

## SECTION III

### DU DOMICILE SPÉCIAL ET EN PARTICULIER DU DOMICILE D'ÉLECTION

**1031.** On a déjà défini le domicile spécial le siège légal de la personne quant à l'exercice de certains droits civils. Il n'a d'effets que pour l'objet particulier déterminé par la loi ou par les parties. Par la loi : c'est le domicile spécial proprement dit; tel est le domicile « matrimonial », situé au lieu où une personne peut faire procéder à la célébration de son mariage. Par les parties : ce domicile porte alors le nom de domicile élu ou d'élection. C'est de ce dernier seul qu'il convient de s'occuper à cette place.

**1032.** L'élection de domicile peut être faite, soit en vertu d'une convention, soit par une manifestation unilatérale de volonté. De quelque façon qu'elle l'ait été, elle a pour but et pour résultat de transporter ou de fixer, fictivement d'ordinaire, le domicile d'une personne en un certain lieu, où l'on veut qu'elle soit légalement présente, mais sous certains rapports seulement. Le domicile élu remplace ainsi pour un objet donné, et dans certaines limites, le domicile général de cette personne, dont les relations juridiques avec les tiers peuvent être par là grandement facilitées (3).

Telle est l'idée générale de l'élection de domicile, dont traite l'art. 111, ainsi conçu : « *Lorsqu'un acte contiendra,* » *de la part des parties ou de l'une d'elles, élection de domi-* » *cile pour l'exécution de ce même acte dans un autre lieu*

(1) Civ. cass., 22 mars 1893, S., 93. 1. 320. — Civ. cass., 30 mars 1896, S., 97. 1. 100.

(2) Aubry et Rau, I, § 144, p. 894, n. 8; Favard, *Rép.*, v° *Action*, § 2. — Req. rej., 29 mars 1808, S., 8. 1. 318.

(3) Cpr. Demolombe, I, n. 371.

» *que celui du domicile réel, les significations, demandes et* » *poursuites relatives à cet acte, pourront être faites au domi-* » *cile convenu, et devant le juge de ce domicile.* »

**1033.** L'élection de domicile peut être, soit imposée par la loi, soit volontaire.

Elle est imposée par la loi, notamment, dans les cas prévus par les art. 176 et 2148-1° C. civ., les art. 61, 422, 435, 559, 584, 609, 637, 673, 675, 780, 783, 739 et 927 C. pr., et les art. 68 et 535 C. I. crim.

Dans notre ancien droit, toutes personnes ayant seigneuries ou maisons fortes ou autres de difficile accès étaient tenues d'élire domicile en la plus prochaine ville royale de leur demeure et résidence ordinaire, où les exploits leur étaient valablement signifiés. Cette prescription, contenue dans l'art. 32 de l'Edit de février 1580, avait été jugée alors nécessaire pour soustraire les sergents, porteurs de ces exploits, aux violences des seigneurs (1).

**1034.** L'art. 111 ne s'occupe explicitement que de l'élection de domicile volontaire faite en vertu d'une convention, ainsi qu'il résulte des expressions « domicile convenu » qu'il emploie. Il faut observer au surplus, d'une façon générale, que cette disposition n'a prévu que la convention relative à l'élection de domicile, telle qu'elle se présente ordinairement en pratique. Mais on ne doit pas argumenter de ses termes pour proscrire certaines modalités dont la loi ne parle pas et dont le besoin peut se faire sentir. Cette proposition se justifie amplement par le principe de la liberté des conventions.

**1035.** L'élection de domicile pour l'exécution d'une convention peut être faite par les deux parties à la fois ou par l'une d'elles, et elle peut l'être qu'elles soient françaises ou étrangères (2).

**1036.** Cette élection peut être faite, soit, comme il arrive

(1) Boncenne, *Théorie de la proc. civile*, II, p. 91.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Domicile élu*, § 2, n. 3; Aubry et Rau, I, § 146, p. 898 et 899, n. 1 et 1 *bis*; Fuzier-Herman, art. 111, n. 2. — Paris, 23 therm. an XII, S., 1807. 2. 855, D., *Rép.*, v° *Domicile élu*, n. 33. — Req. rej., 29 juill. 1890, S., 91. 1. 16, D., 91. 5. 252.

ordinairement et comme le suppose la loi, dans un autre lieu que celui du domicile réel, soit même au lieu du domicile général. Dans ce dernier cas elle a pour but de parer aux conséquences qu'entraîneraient le décès de l'une des parties ou son changement de domicile. La légitimité de cette convention, admise dans l'ancien droit (1), l'est également aujourd'hui en doctrine et en jurisprudence (2).

L'élection de domicile peut du reste être faite, soit chez une personne déterminée, qu'on désigne nominativement ou par sa seule qualité (de notaire, d'huissier, d'agréé), soit en un certain lieu, sans indication de personne.

**1037.** L'élection de domicile peut avoir lieu au moment même de la formation de la convention ou postérieurement. De l'aveu de tout le monde, les termes de l'art. 111 doivent être considérés à cet égard comme purement énonciatifs, et il n'y a pas lieu de s'arrêter aux déclarations contraires faites par certains orateurs lors de la discussion (3) : les principes généraux emportent tous les doutes (4).

**1038.** Le plus souvent l'élection de domicile est constatée par écrit; mais elle ne serait pas moins valable faite verbalement, comme la convention elle-même. On l'a contesté, il est vrai, en se fondant sur les termes de l'art. 111, qui suppose que l'élection de domicile est faite par un « acte », c'est-à-dire, dit-on, par un acte écrit. Mais, outre que cette disposition n'a nullement le caractère limitatif, il nous paraît certain que le mot « acte » y désigne la convention, le *negotium juridicum,* dont l'élection de domicile fait partie, et non le

(1) *Nouveau Denizart,* v° *Domicile élu,* § 6.

(2) Merlin, *Rép.,* v° *Domicile élu,* § 2, n. 7; Aubry et Rau, I, § 146, p. 900, n. 6; Demolombe, I, n. 375; Duranton, I, n. 381; Laurent, II, n. 108; Huc, I, n. 393; Beudant, I, n. 172; Planiol, I, n. 606; Surville, I, n. 133; Fuzier-Herman, art. 111, n. 29 s. — Req. rej., 24 janv. 1816, S., 16. 1. 198, D., *Rép.,* v° *Domicile élu,* n. 51. — Bordeaux, 21 juill. 1834, S., 34. 2. 550, D., 34. 2. 226. — Pau, 15 mai 1885, D., 88. 2. 152.

(3) Emmery, *Exp. des mot.,* Locré, *Lég.,* III, p. 437, n. 8; Malherbe, *Disc. au Corps lég.,* Locré, *Lég.,* III, p. 456, n. 12.

(4) Merlin, *Rép.,* v° *Domicile élu,* § 2, n. 6; Aubry et Rau, I, § 146, p. 899, n. 2; Demolombe, I, n. 373; Laurent, II, n. 107; Huc, I, n. 393; Beudant, I, n. 171; Planiol, I, n. 605; Fuzier-Herman, art. 111, n. 7. — Cpr. Civ. rej., 25 nov. 1840, S., 41. 1. 127, D., 41. 1. 21.

titre, l'*instrumentum*, qui la constate. En effet, lorsque la loi parle, vers le milieu de l'article, de « l'exécution de ce même acte », elle songe à la convention, car on exécute une convention et non pas un acte écrit. Le mot « acte » doit donc avoir nécessairement le même sens dans la première partie de l'article (arg. des mots « de ce même acte »), et aussi dans la dernière (arg. des mots « à cet acte »). Le texte laissant la question indécise, il faut la résoudre à l'aide des principes généraux. Or on peut faire verbalement, en principe, toutes sortes de conventions, et on ne voit pas pour quelle raison celle qui nous occupe devrait être constatée par écrit (1).

Par une des conséquences de notre doctrine, le tribunal saisi en vertu d'une convention verbale de cette nature, dont les parties seraient d'accord pour reconnaître l'existence, n'aurait pas le droit de se déclarer incompétent, sous prétexte qu'il n'est pas le tribunal du domicile du défendeur et que la convention relative à l'élection du domicile est nulle faute d'écrit.

**1039.** L'élection de domicile peut être, soit expresse, auquel cas elle doit résulter d'une clause formelle (2), soit tacite, du moins d'après nous. Nous estimons en effet qu'elle peut s'induire par argument des clauses de l'acte ou des circonstances. D'après le droit commun, la volonté des parties ne doit-elle pas être exécutée toutes les fois qu'elle est certaine, qu'elle ait été manifestée tacitement ou expressément? Or quelle raison y aurait-il de ne pas appliquer cette règle en matière d'élection de domicile? (3)

Plusieurs auteurs pensent pourtant que la volonté d'élire domicile doit être expressément manifestée. Cette élection,

(1) Cpr. Planiol, I, n. 607. — *A fortiori*, n'est-il pas nécessaire de la faire dans un acte authentique, ni même dans un acte sous seing privé remplissant les conditions des art. 1325 et 1326 C. civ. Cf. Douai, 12 avril 1900, D., 1901. 2. 139.

(2) Cf. Nancy, 19 déc. 1895, D., 96. 2. 475.

(3) Aubry et Rau, I, § 146, p. 899, n. 2 *bis* et n. 2 *ter;* Demolombe, I, n. 374; Beudant, I, n. 171; Planiol, I, n. 607; Fuzier-Herman, art. 111, n. 8 s. — Req. rej., 30 mai 1876, S., 76. 1. 358. — Civ. cass., 31 déc. 1878, S., 79. 1. 212, D., 79. 1. 55. — Civ. rej., 7 déc. 1886, S., 87. 1. 70, D., 87. 1. 101. — Req. rej., 31 oct. 1893, S., 94. 1. 88, D., 94. 1. 157. — Req. rej., 8 fév. 1899, S., 1900. 1. 171, D., 1900. 1. 469. — Trib. Mortain, 2 juin 1897, sous Civ. Cass., 23 juin 1899, D., 1900. 1. 519. — Req rej , 16 juill. 1901, S., 1903. 1. 236, D., 1902. 1. 464.

disent-ils, déroge aux règles générales sur le domicile et contient une renonciation à certains droits. Elle ne peut dès lors être admise qu'en vertu d'une volonté certaine : or la volonté qui s'induit par le raisonnement des clauses d'un acte ou des circonstances est toujours plus ou moins douteuse. Et, dans le doute, ce sont les règles du domicile qui restent applicables. Telle était bien, ajoute-t-on, la pensée de Malherbe (1), l'orateur du Tribunat (2).

En fait, sinon en droit, les deux opinions diffèrent assez peu. Les partisans de la première, comme ceux de la seconde, reconnaissent effectivement que l'élection de domicile ne peut résulter que d'une volonté certaine, et par suite clairement manifestée, et qu'elle ne saurait se présumer. Toute la question est de savoir si une volonté tacitement manifestée peut avoir ce caractère, et, réduite à ces termes, la difficulté est plutôt de fait que de droit (3).

Comme exemple d'élection tacite, MM. Aubry et Rau (4) citent le cas de militaires, d'étudiants majeurs ou d'artistes dramatiques résidant en un lieu autre que celui de leur domicile général, et qui devraient être considérés, d'après l'intention commune des parties, comme ayant fait élection de domicile en ce lieu pour l'exécution des engagements qu'ils y prennent en vue de leur nourriture et de leur entretien personnel. On peut dire, en effet, que cette élection, commandée par l'intérêt des créanciers, ne l'est pas moins par celui des débiteurs, qui y trouvent un moyen de crédit, et supposer, par conséquent, qu'elle a été dans l'intention des uns et des autres (5).

De même, la femme mariée qui fait le commerce en un lieu autre que celui du domicile de son mari peut être considérée

(1) Locré, *Lég.*, III, p. 456, n. 12.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Domicile élu*, § 2, n. 4; Laurent, II, n. 104; Huc, I, n. 393.

(3) Cf. Fuzier-Herman, art. 111, n. 22 s.

(4) I, § 145, p. 898, n. 4. — Cpr. Planiol, I, n. 610.

(5) Cpr. Paris, 25 mai 1826, S., 27. 2. 118, D., 27. 2. 134. — Req. règl., 17 fév. 1862. S., 62. 1. 396, D., 62. 1. 276. — Req. rej. 7 juill. 1885, S., 86. 1. 152, D., 87. 1. 12. — Cf. pour les marchands colporteurs, relativement aux faits de leur négoce, Douai, 31 mars 1843, S., 43. 2. 327. — Bordeaux, 20 nov. 1866, S., 67. 2. 229, D., 68. 2. 21. — Cf. aussi la note 3 de la p. 215.

comme ayant fait élection tacite de domicile en ce lieu pour l'exécution de tous les actes relatifs à son négoce (1).

**1040.** Au contraire, l'indication, pour le paiement, d'un lieu autre que celui du domicile du débiteur n'emporte pas, du moins en matière civile, élection de domicile en ce lieu, ni, par suite, compétence du tribunal dudit lieu pour les contestations qui peuvent naître de la convention. Autre chose, en effet, est l'exécution volontaire de la convention, autre chose l'exécution forcée ; et de ce que le débiteur a consenti à payer autre part qu'à son domicile, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'il ait entendu renoncer à la compétence de ses juges naturels. L'art. 420 C. pr., qui, en matière commerciale, attribue à titre exceptionnel compétence au tribunal du lieu du paiement, confirme pleinement cette solution (2).

Mais, lorsqu'on est en matière commerciale, on décide, par argument de l'art. 420 précité, et d'après l'intention présumée des parties, que la seule indication d'un lieu de paiement, dans un billet négociable, produit tous les effets d'une élection de domicile véritable, en outre de l'attribution de compétence qui en résulte (3).

**1041.** Le mandat donné à une personne d'élire chez elle domicile pour le mandant n'emporte pas non plus élection de domicile, tant que le mandataire n'a pas fait usage de ce pouvoir. Jusque là l'élection n'est restée évidemment qu'à l'état d'intention (4).

**1042.** *Effet de l'élection de domicile.* — Limités évidem-

(1) Cf. *supra*, n. 984.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Domicile élu*, § 2, n. 4 ; Aubry et Rau, I, § 146, p. 899, n. 4 ; Demolombe, I, n. 374 ; Duranton, I, n. 378, et XII, n. 99 ; Valette sur Proudhon, I, p. 240, obs. 2 ; Laurent, II, n. 105 ; Huc, I, n. 393 ; Planiol, I, n. 607 ; Fuzier-Herman, art. 111, n. 25 et 26. — Civ. cass., 29 oct. 1810, S., 10. 1. 378, D., *Rép.*, v° *Domicile élu*, n. 41. — Req. rej., 10 avril 1861, S., 61. 1. 532, D., 61. 1. 315. — Cpr. Rouen, 25 mai 1857, S., 58. 2. 48, D., 58. 5. 135.

(3) Aubry et Rau, I, § 146, p. 899, n. 3 ; Fuzier-Herman, art. 111, n. 27. — Req. rej., 13 janv. 1829, S., 30. 1. 160, D., 29. 1. 102. — Paris, 8 juill. 1836, S., 36. 2. 367, D., 37. 2. 48.

(4) Merlin, *Rép.*, v° *Domicile élu*, § 2, n. 5 ; Aubry et Rau, I, § 146, p. 900, n. 5, Demolombe, I, n. 374 ; Laurent, II, n. 106 ; Fuzier-Herman, art. 111, n. 28. — Civ. cass., 29 nov. 1843, S., 44. 1. 249, D., 44. 1. 26. — Cpr. Dijon, 25 fév. 1852, S., 52. 2. 302, D., 52. 2. 68.

ment aux rapports des parties elles-mêmes (1), ces effets sont au nombre de deux, d'après l'art. 111.

1° Les significations, demandes et poursuites, relatives à l'acte pour l'exécution duquel l'élection de domicile est intervenue, peuvent être faites au domicile élu (2). Il en est ainsi des significations d'actes ayant pour objet, soit une mise en demeure, soit des offres réelles (art. 1258-6°) (3).

**1043.** Il en est encore ainsi de la signification de la citation en conciliation (4), des exploits d'ajournement, et des différents actes de la procédure (5), voire même des jugements ordonnant l'exécution de la convention ou autres, des actes d'appel, des commandements et des divers exploits requis dans les procédures d'exécution forcée. Vainement oppose-t on les dispositions des art. 147, 156 et 443 C. pr. : elles ne spécifient pas que les significations dont elles parlent doivent être faites au domicile général, à l'exclusion du domicile élu. Vainement encore objecte-t-on qu'aux termes de l'art. 111 ce dernier domicile n'est relatif qu'à l'exécution de la convention, et que, une fois que celle-ci a été ordonnée par un jugement, il ne peut plus être question que d'exécuter la sentence ; que par suite c'est au domicile général qu'il faut signifier le jugement, préliminaire de l'exécution, et ensuite les exploits relatifs à celle-ci. On a fort bien répondu, d'une part, que le jugement n'est qu'un moyen de parvenir à l'exécution de l'acte lui-même, et d'autre part qu'il n'entraîne pas novation de cet acte. La signification de ce jugement peut donc être faite au domicile élu, ainsi, par identité de motifs, que celle

(1) Req. ann., 22 juin 1896, D., 98. 1. 83. — Cpr. Angers, 26 avril 1899, S., 1903. 2. 244. — Mais cf. Civ. cass., 16 fév. (sol. impl.) et 22 fév. 1898, D., 1902. 1. 399. — Mais, même entre parties, l'élection de domicile ne produit pas d'effets, si elle a été obtenue par dol. Req. rej., 30 avril 1902, D., 1902. 1. 288.

(2) Cpr. cep. Alger, 8 mai 1903, D., 1903. 2. 260, et, sur pourvoi, Req. rej., 11 nov. 1903, S., 1904. 1. 368. — Cf. aussi Civ. cass., 20 juill. 1898, S., 1900. 1. 138.

(3) Aubry et Rau, I, § 146, p. 899, n. 4, et p. 900, n. 6 *bis* et n. 7.

(4) Cf. Fuzier-Herman, art. 111, n. 53 s., et n 75 s.; Rodière, *Procéd. civ.*, I, p. 245. — Civ. cass., 9 déc. 1851, S., 52. 1. 39, D., 52. 1. 29. — *Contra :* Chauveau sur Carré, I, quest. 219 *bis*.

(5) L'élection de domicile faite dans un ajournement autorise les significations à ce domicile pour tous les incidents soulevés dans l'instance. — Cf. Bruxelles, 12 fév. 1901, D., 1902. 2. 181.

de tous les actes constitutifs des poursuites qui suivent (1).

**1044.** Mais, au contraire, ne saurait être faite au domicile élu par le débiteur la signification ayant pour objet de rendre opposable aux tiers le transport de l'obligation cédée. Cette proposition, qui a contre elle l'autorité de Brodeau, a été, il est vrai, contestée, par ce motif que cette signification est bien relative à la convention, dont l'exécution est désormais liée à celle de la cession. Nous ne le nions pas, comme parfois on l'a fait à tort; mais cette signification, en tout cas, est relative à l'exécution volontaire de l'acte. Or, quant à celle-ci, l'élection de domicile reste sans effet (2).

**1045.** Pareillement on décide, en général, que les significations, demandes et poursuites qui ont pour but l'annulation ou la rescision de l'acte, ne sauraient être faites au domicile élu, par cette double raison qu'elles se proposent le contraire de son exécution, et qu'il semble contradictoire qu'on puisse se prévaloir d'une des clauses de l'acte dont on veut précisément faire prononcer l'annulation ou déclarer l'inexistence (3).

Mais la règle paraît devoir reprendre son empire pour les demandes en résolution, qui par elles-mêmes impliquent que l'existence de l'acte n'est pas méconnue (4).

(1) Aubry et Rau, I, § 146, p. 900 et 901, n. 6 *ter* et n. 8-10; Demolombe, I, n. 380; Delvincourt, I, p. 46, note 4; Valette sur Proudhon, I, p. 241, obs. 4; Richelot, I, n. 282; Huc, I, n. 393; Beudant, I, n. 173; Chauveau sur Carré, I, quest. 608 et 1652. — Bourges, 27 juin 1823, S., 24. 2. 51, D., *Rép.*, v° *Domicile élu*, n. 94. — Rouen, 10 fév. 1834, S., 34. 2. 586. — Req. rej., 21 déc. 1875, S., 76. 1. 109, D., 76. 1. 271. — Paris, 6 nov. 1897, D., 98. 2. 60. — *Contra* : Merlin, *Rép.*, v° *Domicile élu*, § 2, n. 10; Duranton, I, n. 379; Thomine-Desmazures, *Proc. civ.*, I, n. 167; Bioche, *Dict. de proc.*, v° *Exploits*, n. 376; Carré, I, quest. 608; Fuzier-Herman, art. 111, n. 61 s. — Agen, 6 fév. 1810, S., 14. 2. 193, D., *Rép.*, v° *cit.*, n. 89. — Civ. cass., 24 janv. 1865, S., 65. 1. 127, D., 65. 1. 73. — Paris, 7 avril 1868, S., 68. 2. 309, D., 68. 2. 115. — Cpr. Poitiers, 8 déc. 1897, D., 99. 2. 69.

(2) Aubry et Rau, I, § 146, p. 903, n. 16; Duranton, I, n. 380; Huc, I, n. 393, et *Traité de la cession et de la transmission des créances*, II, n. 326; Fuzier-Herman, art. 111, n. 70. — Bruxelles, 30 nov. 1809, S., 10. 2. 247, D., *Rép.*, v° *Domicile élu*, n. 72. — *Contra* : Brodeau, *Cout. de Paris*, sur l'art. 108; Merlin, *Rép.*, v° *Domicile élu*, § 2, n. 8-2°; Demolombe, I, n. 381.

(3) Demolombe, I, n. 379; Huc, I, n. 293. — Bordeaux, 21 juil. 1834, S., 34. 2. 550, D., 34. 2. 226. — *Contra* : Carré et Chauveau, I, quest. 275; Fuzier-Herman, art. 111, n. 66 s. — Rouen, 30 avril 1870, S., 71. 2. 75. — Cpr. Req. règl., 6 avril 1842, S., 42. 1. 569, D., 42. 1. 221.

(4) Cf. les autorités citées à la note précédente. — Rej. rej., 15 nov. 1843, S., 44. 1. 252, D., 44. 1. 21.

**1046.** 2° L'élection de domicile est attributive de compétence aux tribunaux du lieu où elle a été faite, pour toutes les difficultés, en principe, auxquelles peut donner lieu l'exécution de l'acte (1). Ainsi ils seraient compétents pour connaître d'une demande tendant à la résolution de la convention, ou des contestations relatives à l'interprétation ou même à la validité d'une de ses clauses (2). Mais ils ne le seraient plus, pour les motifs plus haut indiqués, si la demande avait pour objet l'annulation ou la rescision de la convention elle-même (3).

**1047.** On reconnaît en général que l'élection de domicile n'est relative qu'à l'exécution forcée de la convention en vue de laquelle elle a été faite, et qu'elle demeure étrangère à son exécution volontaire. Les termes de l'art. 111 ne font allusion, en effet, qu'à l'exécution forcée. D'ailleurs il y a tout au moins un doute sur le point de savoir si le débiteur qui a fait élection de domicile a entendu renoncer au bénéfice du droit commun pour l'exécution volontaire, et ce doute doit être tranché en sa faveur (arg. art. 1247). Enfin cette solution est corroborée par l'art. 1258 6°, qui, autorisant le débiteur à faire des offres réelles au domicile élu, suppose pourtant qu' « il n'y a pas de convention spéciale sur le lieu du paiement ».

Il en résulte que le paiement ne peut pas être fait au domicile élu, et que l'élection ne confère pas à la personne chez laquelle elle a été faite le pouvoir de toucher (4).

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 902, n. 10 *bis*. — Cf. Fuzier-Herman, art. 111, n 53 s. — Req. rej., 21 déc. 1875, S., 76. 1. 109, D., 76. 1. 271. Cet arrêt décide spécialement que le domicile élu, remplaçant absolument le domicile réel dans les limites de l'objet auquel s'applique la stipulation, doit seul servir de base à l'application de l'art. 1033 C. pr., relatif à l'augmentation des délais à raison de la distance.

(2) Aubry et Rau, I, § 146, p. 902, n. 11 et 12; Demolombe, I, n. 379; Huc, I, n. 393. — Cpr. Req. règl., 6 avril 1842, et Req. rej., 15 nov. 1843, précités.

(3) Aubry et Rau, I, § 146, p. 902, n. 13; Demolombe, I. n. 379; Huc, I, n. 393. — Bordeaux, 21 juill. 1834, S., 34. 2. 550, D., 34. 2. 226. — *Contra :* Chauveau et Carré, quest. 275. — Montpellier, 4 janv. 1841, S., 41. 2. 178, D., 41. 2. 139. — Rouen, 30 avril 1870, S., 71. 2. 75.

(4) Aubry et Rau, I, § 146, p. 903, n. 14 et 15; Demolombe, I, n. 378; Duranton, I, n. 377; Toullier, VII, n. 22; Richelot, I, n. 281; Laurent, II, n. 111; Huc, I, n. 393; Planiol, I, n. 601; Larombière, *Th. des oblig.*, III, art. 1239, n. 10; Fuzier-

**1048.** L'élection de domicile faite par l'une des parties a lieu le plus souvent dans l'intérêt de l'autre. Elle constitue alors pour celle-ci un bénéfice, auquel elle a naturellement le droit de renoncer. Cette partie a donc la faculté, si elle le préfère, de faire les significations, demandes et poursuites au domicile général de son adversaire, et de l'assigner devant le tribunal de ce domicile. C'est ce qui résulte de l'art. 111, qui n'indique, par le terme « pourront », qu'une simple faculté, et ce que dit explicitement en matière de compétence l'art. 59, al. dern., C. pr. (1).

Mais, s'il résulte des clauses de l'acte ou des circonstances que l'élection de domicile a été faite aussi dans l'intérêt de celui dont elle émane, elle fait naître alors un droit pour chaque partie, droit dont ni l'une ni l'autre ne peut être privée sans sa volonté. Leur consentement mutuel est donc nécessaire pour anéantir ses effets (2).

Bien plus, s'il apparaissait, ce qui sera rare, que l'élection de domicile a eu lieu exclusivement dans l'intérêt de celui qui l'a faite, lui seul aurait le droit de s'en prévaloir : il pourrait donc renoncer au bénéfice de l'élection en la révoquant et forcer l'autre partie à en revenir au droit commun.

**1049.** Dans tous les cas, la partie qui a élu domicile ne peut, sans le consentement de l'autre, transporter ce domicile en un autre lieu. On est toutefois d'accord pour admettre que celui qui a fait élection de domicile chez une personne peut désigner, pour la remplacer, une autre personne dans

Herman, art. 111, n. 71 s. — Civ. cass., 23 nov. 1830, S., 31. 1. 153, D., 30. 1. 405. — Req. rej., 25 janv. 1893, S., 94. 1. 186, D., 93. 1. 183. — Req. rej., 5 nov. 1900 (motifs), D., 1901. 1. 23.

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Domicile élu*, § 2, n. 12 et 13; Aubry et Rau, I, § 146, p. 903, n. 17; Demolombe, I, n. 376; Duranton, I, n. 382; Toullier, I, n. 369; Valette sur Proudhon, I, p. 241, obs. 3; Demante, I, n. 140 *bis*, I; Laurent, II, n. 112; Huc, I, n. 393; Beudant, I, n. 171; Planiol, I, n. 601; Surville, I, n. 133; Chauveau sur Carré, I, quest. 270; Fuzier-Herman, art. 111, n. 90 s. — Req. rej., 12 août 1868, S., 68. 1. 397. — Toulouse, 14 avril 1886, D., *Suppl.*, v° *Domicile élu*, n. 25.

(2) Aubry et Rau, I, § 146, p. 903, n. 18; Duranton, I, n. 382; Valette sur Proudhon, I, p. 241, obs. 3; Fuzier-Herman, art. 111, n. 94 s., et les autorités citées à la note précédente. — Req. rej., 2 fév. 1826, S., 26. 1. 280, D., 26. 1. 135. — Civ. cass., 14 juin 1875, S., 76. 1. 172, D., 75. 1. 289. — Douai, 7 mai 1900, D., 1902. 2. 376.

la même localité. Divers événements peuvent rendre ce changement absolument nécessaire, et l'autre partie n'a en général aucun intérêt sérieux à s'opposer à ce qu'il s'effectue (1).

**1050.** Les effets de l'élection de domicile ne cessent pas par la mort, le changement d'état ou la faillite de l'une des parties, et ils se produisent activement et passivement à l'égard de leurs héritiers et autres ayant cause, par exemple des créanciers de l'une d'elles, agissant au nom de leur débiteur en vertu de l'art. 1166 (art. 1122) (2).

**1051.** Lorsque l'élection de domicile a été faite chez une personne déterminée, elle contient un mandat donné à cette personne. En l'acceptant, celle-ci s'oblige, sous peine de dommages-intérêts, à recevoir les significations qui lui seront adressées pour le compte de celui qui a élu domicile et à les lui transmettre (3). L'acceptation peut être expresse ou tacite. Le fait d'avoir reçu sans protestation les significations faites au domicile élu doit être, en général, considéré comme entraînant acceptation tacite.

**1052.** Le mandat qu'implique l'élection de domicile prend fin, comme tout autre, par la mort ou l'interdiction du mandataire, à moins qu'il n'ait été donné à celui-ci moins en considération de sa personne que de la fonction qu'il exerce, comme il arrive le plus souvent lorsque l'élection de domicile

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Domicile élu*, § 2, n. 11; Aubry et Rau, I, § 146, p. 904, n. 24; Demolombe, I, n. 372; Duranton, I, n. 381; Demante, I, n. 140 *bis*, II; Laurent, II, n. 113; Planiol, I, n. 604; Fuzier-Herman, art. 111, n. 37 s. — Civ. cass., 19 janv. 1814, S., 14. 1. 68, D., *Rép.*, v° *Domicile élu*, n. 78.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Domicile élu*, § 2, n. 8, et *Déclinatoire*, § 1, n. 1; Aubry et Rau, I, § 146, p. 903 et 904, n. 19-22; Demolombe, I, n. 375; Proudhon, I, p. 240; Duranton, I, n. 381; Toullier, I, n. 368; Marcadé, I, art. 111-III, n. 330; Demante, *loc. cit.*; Laurent, II, n. 109; Huc, I, n. 393; Planiol, I, n. 604; Fuzier-Herman, art. 111, n. 35 et 45 s. — Colmar, 5 août 1809, S., 12. 2. 369, D., *Rép.*, v° *Domicile élu*, n. 66. — Bourges, 6 mars 1840, S., 40. 2. 269, D., 40. 2. 208. — Poitiers, 22 mai 1856, S., 57. 2. 104, D., 56. 2. 191.

(3) Aubry et Rau, I, § 146, p. 904, n. 25; Demolombe, I, n. 372-3°; Huc, I, n. 393; Beudant, I, n. 172; Fuzier-Herman, art. 111, n. 42 s. — Nancy, 22 déc. 1853, S., 54. 2. 204. — Pau, 16 nov. 1885, D., 86. 2. 248. — Req. rej., 1er mars 1886, S., 86. 1. 314, D., 86. 1. 457 et note. — Req. rej., 24 juin 1902, D., 1902. 1. 424. — Cf. Besnus, *Du domicile élu envisagé au point de vue de la responsabilité pour les significations qui y sont faites*, Paris, 1869.

a été faite dans l'étude d'un officier ministériel : auquel cas le mandat passe, avec l'étude, à ses successeurs (1).

La mort ou l'interdiction du mandant met également fin au mandat, qui peut cesser, en outre, par la révocation ou par la renonciation du mandataire (arg. art. 2003). Ce n'est que par une confusion des rapports qu'établit l'élection de domicile entre les parties contractantes elles-mêmes et de ceux que crée le mandat entre la personne dont elle procède et celle chez laquelle elle a été faite, qu'on a pu prétendre que ce mandat était irrévocable : sa révocation n'empêche nullement, en effet, l'élection de domicile de subsister (2).

**1053.** De quelque façon que ce mandat ait pris fin, les significations n'en peuvent pas moins continuer à être valablement faites au domicile de la personne primitivement désignée, jusqu'à ce qu'il en ait été indiqué une autre dans la même localité. Vainement a-t-on objecté que le mandat ne peut être considéré comme éteint à l'égard de l'une des parties et comme subsistant encore à l'égard de l'autre. Il faut bien qu'il en soit nécessairement ainsi, comme cela arrive d'ailleurs d'autres fois (art. 2005 et 2009), pour que les divers événements qui peuvent mettre fin au mandat ne fassent pas en même temps cesser les effets de l'élection de domicile, ce qui serait contraire à l'intention des parties et enlèverait à l'une d'elles les droits qu'elle lui confère. Il appartient d'ailleurs à celle dont elle émane de prendre toutes ses mesures pour n'avoir pas à en souffrir. Au surplus l'art. 2156 confirme cette solution (3).

**1054.** Tels sont les effets de l'élection de domicile. Mais il faut observer, en terminant, qu'ils dépendent uniquement de la volonté des parties, que l'art. 111 ne fait qu'interpréter quand

(1) Demolombe, I, n. 372-2°; Huc, I, n. 393; Beudant, I, n. 173; Surville, I, n. 133; Fuzier-Herman, art. 111, n. 31 s. — Dijon, 22 janv. 1847, S., 48. 2. 206. — Trib. Rennes, 14 août 1891, D., 93. 2. 246.

(2) Cf. les autorités citées à la note 1 de la page 222.

(3) Aubry et Rau, I, § 146, p. 905, n. 26; Demolombe, I, n. 372-2°; Demante, I, n. 140 *bis*, II; Huc, I, n. 393. — Cpr. Merlin, *Rép.*, v° *Domicile*, § 1, n. 8; Beudant, I, n. 173; Fuzier-Herman, art. 111, n. 36, 40 et 41. — Civ. cass., 14 fév. 1843, S., 43. 1. 202, D., 43. 1. 148.

elles ne se sont pas expliquées (1). Ils sont donc susceptibles d'être modifiés en plus ou en moins. Ainsi rien n'empêche de convenir que le paiement lui-même pourra être fait au domicile élu. A l'inverse on pourrait dire que l'élection de domicile ne sera pas attributive de compétence. Enfin, lorsque l'élection de domicile a été faite en un certain lieu, sans indication d'une personne déterminée chez laquelle il soit établi, elle ne fait qu'attribuer compétence au tribunal de ce lieu, puisque les significations ne peuvent être faites en aucun endroit précis et que l'art. 69-8° est évidemment inapplicable (2).

(1) Demolombe, I, n. 375-5°; Laurent, II, n. 110.
(2) Huc, I, n. 393; Beudant, I, n. 172; Planiol, I, n. 601.

# DE L'ABSENCE

Livre Ier, titre IV, du Code civil) (1).

## INTRODUCTION

### NOTIONS GÉNÉRALES

**1055.** Dans le langage ordinaire on donne la qualification d'*absent* à toute personne qui n'est pas là où sa présence est réclamée. C'est en ce sens que le terme « *absens* » est pris par la loi romaine dans ce texte : « *absentem accipere debemus cum qui non est eo loco in quo petitur.* » (L. 199, D., *De verb. sign.*, L. 16) (2).

Mais, dans la langue du droit, le mot *absent* a un sens beaucoup plus restreint : il désigne une personne dont l'existence est incertaine, parce qu'elle a disparu et qu'elle n'a pas donné de ses nouvelles depuis un certain temps. Ce qui caractérise l'absence, c'est donc l'incertitude où l'on se trouve sur le point de savoir si l'absent est mort ou vivant (3).

**1056.** On distingue deux catégories d'absents : 1° les présumés absents : ce sont ceux dont l'absence n'a pas encore été déclarée par une décision judiciaire ; 2° les déclarés absents, ou absents proprement dits, ainsi nommés parce que leur état d'absence a été constaté par un jugement (4).

(1) Desquiron, *Traité du domicile et de l'absence*, Paris, 1812 ; de Moly, *Traité des absents*, Paris, 1822 ; Biret, *Traité de l'absence et de ses effets*, Paris, 1824 ; Talandier, *Nouveau traité des absents*, Paris et Limoges, 1831 ; Sermet, *Des absents*, Paris, 1836 ; Plasman, *Code et Traité des absents*, Paris et Orléans, 1845.

(2) Aubry et Rau, I, § 147, p. 905, n. 1 ; Planiol, I, n. 611 et 612.

(3) Cpr. Aubry et Rau, I § 147, p. 907 ; Demolombe, II, n. 14 ; Demante, I, n. 141 ; Laurent, II, n. 116 ; Huc, I, n. 394 ; Beudant, I, n. 174 ; Planiol, *loc. cit.* ; Surville, I, n. 531 ; Capitant, p. 57.

(4) Cpr. Aubry et Rau, I, § 148, p. 908, n. 2 ; Planiol, I, n. 616 ; Surville, I, n. 532 ; de Moly, n. 23 et 24.

Quant à ceux sur l'existence desquels ne plane aucun doute, bien qu'ils soient éloignés, depuis un temps plus ou moins long, de leur domicile ou de leur résidence, on les appelle *non-présents*. Nos lois civiles ne contiennent qu'un très petit nombre de dispositions relatives aux non-présents (art. 316, 819 et 840 C. civ.; art. 909-3°, 910, 911-2°, 928, 931, 942 et 943 C. pr.) (1).

Telle est la terminologie la plus exacte en matière d'absence, mais le législateur ne s'y est pas toujours conformé. C'est ainsi qu'il désigne quelquefois, dans certaines des dispositions précitées, des non-présents sous la dénomination d'absents, ou qu'il donne aux termes de présence et d'absence dans l'art. 2266 une signification toute particulière. D'autre part, il emploie fréquemment le mot absents pour désigner, soit des présumés, soit des déclarés absents. Ce défaut de précision dans le langage enlève presque toute valeur aux arguments que l'on prétendrait tirer des dénominations employées par la loi, pour la solution des difficultés que notre matière soulève (2).

**1057.** Par elle-même, la non-présence d'une personne ne modifie pas son état. Supposée en droit présente à son siège juridique, à son domicile, elle peut en fait s'en éloigner, sans que son éloignement influe sur ses droits et sur ses obligations. Cet éloignement peut, sans doute, rendre en réalité moins facile ou même impossible l'exercice des uns et l'accomplissement des autres, mais ils n'en restent pas moins légalement ce qu'ils seraient si leur titulaire était là : il n'y a donc pas lieu tout d'abord de se demander ce qu'ils deviennent.

Y a-t-il lieu, d'autre part, de suppléer, en général, à l'action du non-présent par une autre qui se propose la sauvegarde de ses intérêts ? La loi le pourrait assurément, ne fût-ce qu'au nom de l'intérêt collectif; mais elle ne l'ose guère, du moins en France, par respect de la liberté des individus et pour leur laisser le secret, la direction et l'entière responsabilité de leurs affaires. Et ce n'est qu'à titre exceptionnel

(1) Demolombe, II, n. 14; Demante, I, n. 141 *bis*, I; Huc, I, n. 394 et 398; Beudant, I, n. 174; Planiol, I, n. 612; Surville, I, n. 531.

(2) Cpr. Beudant, I, p. 271, note 1.

que, vu l'urgence ou pour ne pas compromettre d'autres intérêts tout aussi légitimes, elle prend les mesures que commande la situation, en faisant représenter, par exemple, le non-présent par un notaire à une levée de scellés ou à la confection d'un inventaire.

**1058.** L'absence met, au contraire, en question l'état même de la personne, et de la manière la plus grave, puisque de tous les éléments qui le constituent il n'en est pas de plus essentiel que celui qui est relatif à son existence. Est-elle encore ou n'est-elle plus? Tel est le doute que soulève l'absence, et immense est sa portée puisque, relations de famille et sort du patrimoine, tout dépend du sens dans lequel on le résout. Force est donc à la loi de s'occuper de cette situation et de régler, en droit, la condition de celui dont l'existence est ainsi, en fait, devenue incertaine. Doit-il être désormais supposé mort ou vivant, ou, parti intermédiaire, ne doit-on présumer ni l'un ni l'autre? Suivant ce qui sera décidé, l'absence aura des conséquences différentes au point de vue des obligations et des droits, déjà nés ou éventuels, de l'absent, et de l'organisation des mesures de protection qu'elle doit susciter. Comme ce n'est pas d'ailleurs le seul intérêt de l'absent que l'absence met en cause, ce n'est pas de lui seul que la loi doit tenir compte. Tout au contraire doit-elle s'appliquer à concilier avec celui-là, et les intérêts particuliers des personnes présentes, aussi bien de celles qui ont des droits éventuels subordonnés au décès de l'absent que de celles qui peuvent lui opposer des droits déjà existants, et l'intérêt de la collectivité, c'est-à-dire de la bonne administration et de la libre circulation des richesses (1).

**1059.** Tel est le problème juridique que pose l'absence d'une personne. Par le nombre et l'opposition des intérêts en jeu, par la multiplicité et la variété des solutions qu'il peut recevoir, on conçoit qu'il n'en est point de plus compliqué. En droit romain, il n'existait pas de véritable théorie de l'absence; car on ne saurait considérer comme telle celle du *postliminium*, qui réglait d'une façon par trop sommaire la

(1) Cpr. Aubry et Rau, I, § 148, p. 907; Demolombe, II, n. 1; Laurent, II, n. 117; Huc, I, n. 395.

condition de ceux que la captivité retenait chez l'ennemi. Mais de nombreux éléments de cette théorie apparaissent déjà, avec plus ou moins de netteté en la forme et de bonheur au fond, dans notre ancienne jurisprudence.

Rien de plus simple et de plus arbitraire à la fois que la conception primitive : assignant en effet comme durée moyenne à la vie humaine, par une fausse interprétation notamment de la L. 8, D., *De usu et usufr.*, XXXIII, 2, sa plus longue durée, cent ans, on présume toujours vivant l'absent qui n'a pas encore atteint cet âge. Mais cette supposition, qualifiée de « fausse » et d' « absurde » par Pothier (1), ayant été reconnue contraire à toute vraisemblance, on finit par admettre que, jusqu'à ce qu'il se fût écoulé cent ans depuis sa naissance, l'absent ne serait plus présumé ni vivant, ni mort, et que ce serait à ceux qui se prévaudraient de son existence ou de son décès à établir le fait allégué.

Mais, comme les intérêts de l'absent ne devaient pas rester en souffrance, un curateur était, dans une première période, chargé d'en prendre soin jusqu'à ce que, au bout d'un temps plus ou moins long suivant les coutumes, ses héritiers présomptifs fussent envoyés provisionnellement en possession de ses biens. Ils l'étaient d'ailleurs uniquement en qualité d'administrateurs, et ce qui le prouve, c'est, d'une part, que la procuration laissée par l'absent à un héritier présomptif faisait obstacle à cet envoi, et, d'autre part, que l'exercice des autres droits subordonnés au décès de l'absent (legs, substitutions, droit de retour du donateur, droit du nu propriétaire), était suspendu jusqu'à ce que cent ans se fussent écoulés depuis sa naissance. Les droits du légataire, du substitué et du donateur sous condition de retour devenaient même caducs par le décès de leur titulaire avant cette époque. Telles étaient dans leur ensemble, en dépit de certaines dissidences, les règles sévères généralement admises dans notre ancien droit (2).

(1) *Cout. d'Orléans*, introd. au tit. XVII, n. 7.

(2) Cf. Pothier, *loc. cit.*, n. 7, 37 ; *Traité des successions*, chap. III, sect. 1, § 1 ; Bretonnier, *Questions*, des absents, chap. III ; Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, n. 4, 5, 7, 16 ; Demolombe, II, n. 2-7 ; Demante, I, n. 142, et *Encycl. du droit*, v° *Absence*, § 1.

**1060.** Quelques modifications qu'ils leur aient fait subir, et quoiqu'ils en aient beaucoup tempéré la rigueur, les rédacteurs du code civil s'en sont manifestement inspirés. Ils ont, quant aux droits qui existaient déjà au profit de l'absent avant sa disparition ou ses dernières nouvelles, distingué trois périodes :

1° Celle de la présomption d'absence, qui s'ouvre aussitôt que des doutes sérieux commencent à s'élever sur l'existence de l'absent, et a pour terme la déclaration d'absence. Pendant cette première période, la loi se préoccupe exclusivement des intérêts du présumé absent; elle autorise, en cas de nécessité, l'application de mesures conservatoires relativement à ses biens,

2° La période de la déclaration d'absence, qui a pour point de départ le jugement qui contient cette déclaration, lequel ne peut être rendu qu'après cinq ans depuis la disparition ou les dernières nouvelles de l'absent, s'il n'a pas laissé de procureur fondé, et qu'après onze ans s'il en a laissé un. L'absence une fois déclarée, on admet tous ceux qui ont des droits subordonnés à son décès, qui est supposé s'être produit au jour où il a donné le dernier signe de vie, à les exercer provisoirement : notamment on autorise les héritiers présomptifs de l'absent au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles à se faire attribuer provisoirement ses biens. Tel est l'envoi en possession provisoire, qui implique, par son nom même, que les divers intéressés ne sont mis en possession des biens que sous réserve des droits de l'absent, auquel ils devront les restituer, s'il reparaît, augmentés d'une portion plus ou moins forte des revenus perçus pendant l'envoi. Les envoyés ne sont d'ailleurs que de simples administrateurs des biens dont la possession provisoire leur a été déférée, des dépositaires, comme les qualifie la loi elle-même : les actes de disposition leur sont donc interdits.

Au cours de cette période, pendant laquelle sont organisées d'importantes garanties de restitution au profit de l'absent, la loi, sans rien sacrifier de ses intérêts, tient compte également de ceux des personnes qui ont des droits subordonnés à son décès. L'incertitude de l'existence de l'absent

s'accentue en effet à mesure que son absence se prolonge, et cette prolongation même doit rendre plus nécessaires et plus complètes les mesures à prendre au sujet du patrimoine laissé à l'abandon.

3° La période de l'envoi en possession définitif, qui s'ouvre dès que cet envoi a été obtenu, trente ans au moins après l'envoi provisoire ou cent ans après la naissance de l'absent. Son existence devenant de plus en plus incertaine, il est permis, sans aller jusqu'à le dépouiller définitivement de ce qui lui appartient, de prendre moins souci de ses intérêts que de ceux des personnes qui ont des droits subordonnés à son décès. Toutes les garanties de restitution prises en sa faveur s'évanouissent donc avec l'envoi définitif, qui consolide le titre des envoyés, en ce sens que, tout au moins dans leurs rapports avec les tiers, ils sont considérés comme propriétaires incommutables des biens de l'absent. Mais, dans leurs rapports avec l'absent, ils n'en restent pas moins tenus de lui restituer, si par impossible il reparaît, tout ce dont ils se sont enrichis à ses dépens, à l'exception des fruits.

Ainsi le sort du patrimoine laissé par l'absent change avec la période dans laquelle on se trouve. Tout au contraire, au point de vue des droits éventuels qui peuvent lui compéter depuis sa disparition ou ses dernières nouvelles, sa situation reste toujours la même, dans quelque période que se place leur ouverture : ni lui, ni personne en son nom, ne peut les réclamer, dans l'impossibilité où l'on est d'établir d'une façon certaine son existence au moment où ils s'ouvrent et de prouver par là qu'il est apte à les recueillir.

**1061.** Cette rapide esquisse de la théorie de l'absence dans notre droit actuel n'a pas cette seule utilité de donner une idée d'ensemble d'une matière des plus compliquées; elle montre encore la conception qui la domine tout entière, et fournit l'occasion de discuter, dès le début, certaines explications, plus que douteuses dans leur principe et des plus dangereuses par leurs résultats. On répète fréquemment, en effet, que les conséquences juridiques de l'absence, quant aux biens laissés par l'absent, varient suivant que la présomption de vie l'emporte sur celle de mort ou la présomption de mort

sur celle de vie ; que, dans la première période, l'absent est réputé plutôt vivant que mort, tandis que, dans la seconde, la présomption de vie cesse de l'emporter sur celle du décès, qui commence même à prévaloir, et qu'enfin, dans la troisième, l'absent est censé plutôt mort que vivant (1). Nous ne contredirions pas à ces propositions, si elles se bornaient à exprimer, sous une forme destinée à frapper l'esprit, comment changent suivant les époques de l'absence le point de vue du législateur et les mesures qu'il ordonne, et si on les corrigeait surtout, comme le font MM. Aubry et Rau, en ajoutant qu'à aucun moment de l'absence l'absent n'est considéré, d'une manière absolue, soit comme vivant, soit comme mort, mais seulement comme une personne dont l'existence ou le décès sont plus ou moins incertains. Mais ce qui n'aurait dû être qu'une forme d'explication des dispositions légales est devenu pour beaucoup d'auteurs un principe, et voilà bien le danger de ces formules, car la confusion commise par ces derniers est facile. Or il n'est pas exact d'affirmer que, suivant les périodes, l'absent est véritablement, légalement, présumé mort ou vivant.

Aucun texte n'a consacré, ce qui eût été nécessaire s'il avait dû en être ainsi, cette prétendue présomption : elle n'existe donc pas, car il n'y a pas de présomption légale sans loi. Le sort du patrimoine de l'absent peut, sans doute, paraître réglé en certains points tantôt comme s'il était vivant et tantôt comme s'il était mort; mais ces ressemblances ne doivent pas faire qu'il soit à considérer comme étant l'un ou l'autre, d'autant qu'elles s'expliquent suffisamment par le degré d'incertitude qui plane sur son existence. C'est cette incertitude seule qui constitue l'absence, et il n'y a pas lieu de la transformer en une probabilité légale de vie ou de mort, contrairement à la volonté très nettement exprimée du législateur. Avant la cour de cassation, qui, dans ses arrêts les plus récents, a très nettement rétabli les vrais principes, Tron-

(1) Aubry et Rau, I, § 148, p. 907, n. I *bis*, et p. 908; Demolombe, II, n. 11; Duranton, I, n. 389, 390, 408, 434 et 500; Proudhon, I, p. 277 s.; Beudant, I, n. 179. — Nancy, 31 janv. 1833, S., 34. 2. 603, D., 34. 2. 172. — Cpr. Plasman, I, p. 119 s.

chet (1) avait dit que l'absent n'est ni mort ni vivant aux yeux de la loi, et Emmery (2) ajouté que c'est le doute qui règne après la déclaration d'absence. Enfin Bigot-Préameneu, dans l'exposé des motifs (3), a parfaitement caractérisé l'état d'absence lorsque décrivant la situation juridique que fait naître la disparition d'un homme dont on n'a plus de nouvelles, il a écrit : « alors s'élèvent deux présomptions contraires; l'une de la mort par le défaut de nouvelles; l'autre de la vie par son cours ordinaire. La conséquence juste de deux présomptions contraires est l'état d'incertitude. » C'est donc faire et non pas interpréter la loi que d'accorder à l'une ou à l'autre de ces présomptions, suivant les différentes périodes de l'absence, une prédominance qui, dans la pensée clairement exposée des rédacteurs du code civil, ne devait jamais lui appartenir. Il était important de faire, dès le début, cette constatation, car de nombreuses conséquences ont été déduites du prétendu principe dont l'inexistence vient d'être démontrée (4).

**1062.** Il convient enfin de remarquer, à titre d'observation générale, que l'incertitude sur l'existence de l'absent, qui caractérise essentiellement son état, naît légalement au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles (5), comme, au reste, elle commence en fait dès cette époque, car c'est de ce jour que l'on peut douter de son existence, quoiqu'on n'en doute pas effectivement encore. Ce jour est donc le point initial de l'absence. Cette règle, aussi fertile en conséquences que rationnelle, n'était pourtant pas admise par tous nos anciens jurisconsultes, et c'est ainsi que Pothier, qui l'accepte dans l'un de ses ouvrages (6), lui préfère, dans un autre (7),

(1) *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 40, n. 18.

(2) Locré, *loc. cit.*, p. 66, n. 27. — Cf. aussi Portalis, *loc. cit.*, p. 73, n. 33.

(3) Locré, *loc. cit.*, p. 128, n. 5.

(4) Laurent, II, n. 122 s.; Capitant, p. 58. — Cpr. Demante, I, n. 143; Huc, I, n. 396; Beudant, I, n. 178; Planiol, I, n. 634, et III, n. 2463; Surville, I, n. 532; Fuzier-Herman, art. 135, n. 1. — Civ. rej., 15 déc 1863, S., 64. 1. 27, D., 64. 1. 153, et note. — Req. rej., 14 août 1871, S., 71. 1. 101, D., 71. 1. 193, note de M. Garsonnet.

(5) Aubry et Rau, I, § 148, p. 908; Demolombe, II, n. 12; Demante, *loc. cit.*; Beudant, I, n. 181; Planiol, III, n. 2464.

(6) *Traité des successions*, chap. III, sect. I, § 1.

(7) *Cout. d'Orléans*, introd. au tit. XVII, n. 37.

celle d'après laquelle il fallait, en général, envisager le jour même de l'envoi en possession. C'est à bon droit que cette dernière a été définitivement condamnée par le code.

**1063.** Plusieurs causes ont concouru à enlever à la théorie si compliquée de l'absence une grande partie de l'intérêt pratique qu'elle devrait avoir. D'un côté des prescriptions spéciales ont été posées pour les absences qui sont précisément de nature à être les plus nombreuses, c'est-à-dire pour toutes celles qui procèdent d'événements de guerre, en même temps qu'on s'appliquait à perfectionner les modes de constatation des décès qui surviennent aux armées. D'un autre côté, le considérable développement des moyens de communication de toutes sortes a presque complètement fait disparaître les cas où les personnes ne pouvaient réellement pas faire parvenir de leurs nouvelles à leur famille ou dans leur pays, et les échanges d'actes de l'état civil entre les nations, de plus en plus répandus, ont fourni aux intéressés des facilités nouvelles pour arriver à la connaissance de tous les faits relatifs à l'existence des individus qui vivent loin de leur ancien domicile, lors même qu'ils ont cessé volontairement toutes relations avec ceux qui les entouraient autrefois. Enfin, sans être allée aussi loin qu'on l'a fait dans d'autres pays (1), la loi française, devancée d'ailleurs dans cette voie par la jurisprudence, a admis, dans des circonstances de plus en plus nombreuses, que les disparitions pourraient donner lieu à de véritables déclarations de décès et qu'ainsi de simples probabilités de fait équivaudraient à des certitudes légales. Et la tendance, telle que notre propre pratique judiciaire et les législations étrangères la révèlent, est certainement vers l'assimilation de plus en plus complète des cas où il y a réelle incertitude sur l'existence de l'absent à ceux où tout doit faire présumer que les disparus sont morts, quoique leurs cadavres n'aient pu être retrouvés.

Mais, quoique le domaine de l'absence proprement dite tende ainsi à se resserrer, le nombre de ceux qui, pour des motifs divers, s'appliquent à disparaître, sans qu'on puisse

(1) Cf. Planiol, I, n. 635.

suivre leurs traces, est encore bien loin aujourd'hui d'être négligeable, et l'incertitude qu'ils font naître et qu'ils entretiennent soigneusement sur leur existence, doit alors nécessairement donner lieu, en dépit des efforts de la jurisprudence, à l'application des mesures qui ont été organisées par le code civil, à la fois dans l'intérêt de ces absents, de leurs ayants cause et des tiers (1).

Ce sont toutes ces mesures qui doivent être étudiées dans deux parties, l'une relative aux biens, l'autre concernant les relations de famille de l'absent.

## PREMIÈRE PARTIE

### DE L'ABSENCE QUANT AUX BIENS

**1064.** Cette partie se subdivise à son tour en deux chapitres : dans le premier l'absence est étudiée quant au patrimoine délaissé par l'absent, et dans le second quant aux droits qui s'ouvrent à son profit depuis qu'il a donné le dernier signe de vie.

## CHAPITRE PREMIER

### DE L'ABSENCE QUANT AUX BIENS DÉLAISSÉS PAR L'ABSENT

### SECTION PREMIÈRE

#### DE LA PRÉSOMPTION D'ABSENCE

**1065.** Un homme a disparu de son domicile ou de sa résidence depuis un certain temps; sa famille ignore où il est, personne n'a de nouvelles de lui, et cependant son silence est inexplicable. Un doute s'élève : cet homme ne serait-il pas décédé ? S'il était vivant, laisserait-il ainsi sa famille dans l'inquiétude et peut-être ses biens à l'abandon? C'est ce doute qui constitue la présomption d'absence. Ainsi le présumé absent est celui dont l'existence est devenue incertaine, à rai-

(1) Cpr. Beudant, I, n. 175; Planiol, I, n. 614.

son du défaut de nouvelles depuis qu'il a quitté son domicile ou sa résidence, sans que son état d'absence ait été encore déclaré par une décision judiciaire.

On comprend que cette incertitude naîtra après un temps plus ou moins long suivant les circonstances : aussi la loi s'est-elle abstenue de rien préciser, laissant la plus grande latitude d'appréciation sur ce point au juge du fait, dont la décision est souveraine (1). Il est certain, d'ailleurs, que cette incertitude peut naître en dépit de la procuration laissée par l'individu disparu, et qu'il pourrait dès lors être, malgré celle-ci, considéré comme en état de présomption d'absence. L'art. 112 confirme, bien plus qu'il ne contredit, cette proposition, puisqu'il limite seulement en la circonstance les pouvoirs du juge relativement aux biens du présumé absent (2).

**1066.** La présomption d'absence ne donne lieu à l'application d'aucune mesure relativement à ces biens, tant qu'ils ne sont pas en souffrance. La nécessité seule peut légitimer l'immixtion de la justice dans les intérêts du présumé absent, car cette immixtion, si discrète qu'elle soit, l'expose toujours plus ou moins au danger de voir pénétrer le secret de ses affaires (3). « *S'il y a nécessité de pourvoir à l'administration* » *de tout ou partie des biens laissés par une personne présu-* » *mée absente, et qui n'a point de procureur fondé, il y sera* » *statué par le tribunal de première instance, sur la demande* » *des parties intéressées.* » (Art. 112).

Ainsi la présence d'un mandataire muni de pouvoirs suffisants pour l'administration des biens, et qui exerce ces pouvoirs, exclut certainement l'intervention de la justice, puisqu'elle n'est plus, par hypothèse, légitimée par la nécessité : le mandataire conserve alors l'administration du patrimoine.

**1067.** Mais il se peut qu'il n'ait qu'un mandat spécial et

(1) Cpr. Aubry et Rau, I, § 149, p. 909, n. 1; Demolombe, II, n. 17; Demante, I, n. 144; Laurent, II, n. 119 et 134; Huc, I, n. 398; Fuzier-Herman, art. 112, note 1. — Req. rej., 21 nov. 1887, S., 88. 1. 324, D., 88. 1. 165. — Req. rej., 23 nov. 1891, S., 92. 1. 16. — Alger, 4 mai 1896, S., 98. 2. 140, D., 97. 2, 354.

(2) Demolombe, II, n. 19.

(3) Demolombe, II, n. 31 ; Laurent, II, n. 135.

limité, qui lui donne des pouvoirs insuffisants pour cette administration ; ou que son mandat, si étendu qu'on le suppose, prenne fin d'une façon quelconque ; ou que le mandataire néglige de le remplir, ou qu'enfin il ait des intérêts opposés à ceux du présumé absent. Dans ces différents cas, où il pourra y avoir nécessité de pourvoir à l'administration de tout ou partie des biens de celui-ci, la justice aura-t-elle le droit d'ordonner, sur la demande des intéressés, les mesures nécessaires? Nous l'admettons, avec presque tous les auteurs, sans difficulté (1). Vainement a-t-on objecté que la loi n'autorise l'intervention de la justice que lorsqu'il n'y a pas de procureur fondé, et qu'ici il y en a un. La vérité est que l'absent n'en a plus ou n'en a point, en réalité, relativement aux biens en souffrance, et qu'on ne concevrait pas que le juge eût néanmoins les mains liées par l'existence d'un mandat insuffisant ou qui n'est plus rempli, alors que son intervention est nécessaire. Les deux conditions auxquelles la loi paraît subordonner celle-ci, savoir la nécessité et l'absence de procureur fondé, se réduisent donc, en définitive, à une seule, la première.

**1068.** C'est également la nécessité qui détermine les limites de cette intervention. Quant à savoir quelles sont les mesures que la nécessité commande et que la justice doit ordonner, ce n'est plus là qu'une question de fait, que le législateur ne pouvait pas régler et pour la solution de laquelle il s'en est pleinement rapporté à la prudence du juge, lequel doit s'inspirer à la fois des intérêts du présumé absent et de ceux des tiers qui ont des droits à lui opposer. Ces mesures seront presque toujours des mesures conservatoires, relatives à l'administration des biens, telles que réparations urgentes, ventes de récoltes parvenues à maturité, renouvellement de baux, interruptions de prescriptions, et devront, autant que faire se pourra, ne pas changer la consistance du patrimoine délaissé.

(1) Aubry et Rau, I, § 149, p. 909, n. 1 *bis;* Demolombe, II, n. 32 et 33; Toullier, I, n. 339; Duranton, I, n. 392; Laurent, II, n. 140; Huc, I, n. 398; Beudant, I, p. 274, note 3; Fuzier-Herman, art. 112, n. 14 s.; de Moly, n. 99 et 100; Talandier, p. 52. — Cpr. Demante, I, n. 146. — Metz, 15 mars 1823, S , 23. 2. 307, D., *Rép.,* v° *Absence,* n. 122.

Il s'agit exclusivement d'en assurer la conservation, et non d'en opérer la transformation (1).

**1069.** Rien ne s'oppose du reste à ce que la justice nomme au présumé absent un curateur, un administrateur de son patrimoine. Cette pratique était très usitée dans notre ancien droit, en dépit de la défense contenue dans l'ordonnance de 1667 (tit. II, art. 8). Et, si elle est susceptible d'entraîner des abus, elle est souvent imposée par la nécessité, étant donné la nature des biens à la gestion desquels il s'agit de pourvoir. Aussi est-elle admise par tout le monde (2). Mais le juge, en nommant ce curateur, doit s'attacher à déterminer d'une façon aussi précise que possible l'étendue de ses pouvoirs, et ces pouvoirs ne doivent pas, en principe, lui permettre de faire d'autres actes que ceux d'administration proprement dite. Quels qu'ils soient, ces actes, lors du moins qu'ils ont été accomplis par le curateur dans la limite de ses attributions, sont opposables à l'absent de retour. Il en est ainsi notamment des jugements prononcés contre lui, à moins de collusion frauduleuse entre le curateur et son adversaire (3).

Le curateur, au reste, n'est certainement pas autorisé à exercer, à titre de rémunération, les retenues déterminées par l'art. 127, qui ne peut être invoqué que par les envoyés ou l'administrateur légal : or il s'agit ici d'un administrateur judiciaire (4).

**1070.** Si la loi laisse au juge, en général, la plus grande

(1) Aubry et Rau, I, § 149, p. 911, n. 7; Demolombe, II, n. 34 et 35; Duranton, I, n 392 s.; Laurent, II, n. 140; Huc, I, n. 398; Beudant, I, n. 182 et 185; Planiol, I, n. 623; Surville, I, n. 533; Fuzier-Herman, art. 112, n. 23. — Bordeaux, 30 juill. 1895, D., 93. 2. 253.

(2) Cf. Locré, *Lég.*, IV, p. 57, n. 20, p. 130, n. 10, et p. 167, n. 5. — Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, art. 112, n. 2, 3 et 4; Aubry et Rau, *loc. cit.*, n. 8; Demolombe, II, n. 36; Duranton, I, n. 400; Proudhon, I, p. 261; Demante, I, n. 146 *bis*, II; Laurent, II, n. 141; Huc, *loc. cit.*; Beudant, I, n. 185; Planiol, *loc. cit.*; Fuzier-Herman, art. 112, n. 21 s.; Biret, p. 61. — Req. rej., 27 août 1828, S., 29. 1. 26, D., 28. 1. 405. — Civ. cass., 18 mars 1829, S., 29. 1. 210, D., 29. 1. 187. — Cpr. Paris, 16 déc. 1864, sous Cass., S., 66. 1. 324, D., 66. 1. 486.

(3) Demolombe, II, n. 38 et 39; Huc, I, n. 402; Fuzier-Herman, art. 112, n. 31 s.; Plasman, I, p. 38 s. — Civ. cass., 25 août 1813, S., 15. 1. 131, D., *Rép.*, v° *Absence*, n. 109. — Cpr. Talandier, p. 66. — Req. rej., 6 nov. 1828, S. chr., IX. 1. 176, D., 28. 1. 435.

(4) Demolombe, II, n. 123. — *Contra :* Civ. cass., 29 déc. 1830, S., 31. 1. 80, D., *Rép.*, v° *Absence*, n. 301.

latitude en ce qui concerne le choix des mesures à ordonner, elle a, dans un cas particulier, fixé le mode d'après lequel il y a lieu de pourvoir à la sauvegarde des intérêts de l'absent. « *Le tribunal*, dit l'art. 113, *à la requête de la partie la plus* » *diligente, commettra un notaire pour représenter les présu-* » *més absents, dans les inventaires, comptes, partages et* » *liquidations dans lesquels ils seront intéressés.* »

Ainsi, lorsqu'un présumé absent est intéressé dans des inventaires, des comptes, des liquidations ou des partages, opérations qui sont la suite de l'ouverture d'une succession à laquelle il avait été déjà appelé avant sa disparition, d'une dissolution de société ou de communauté, il y est représenté par un notaire commis par le tribunal. Le ministère du notaire était d'ailleurs tout désigné, à raison des connaissances spéciales et des attributions de cet officier public.

Mais il n'y aurait pas lieu de commettre un notaire si le présumé absent avait laissé un procureur fondé, muni de pouvoirs suffisants pour le représenter dans ces opérations, la justice ne devant intervenir, en cette circonstance comme en toute autre, que dans la mesure de la nécessité (1).

Tout au contraire un notaire n'en devrait pas moins être commis au cas où un curateur aurait été déjà nommé au présumé absent. Malgré le dissentiment d'un auteur (2), ce curateur ne saurait être chargé d'une mission qui ne peut être confiée, aux termes de l'art. 113, qu'à un notaire.

**1071.** Quels sont maintenant les pouvoirs de celui-ci ? A cet égard il faut tout d'abord consulter les termes du jugement qui l'a commis : de l'avis à peu près unanime des interprètes, il appartient au tribunal de délimiter ces pouvoirs, suivant ce qu'exige l'intérêt dont il a la garde. Et c'est ainsi qu'il pourrait même autoriser le notaire à provoquer, au nom du présumé absent, une liquidation ou un partage (3).

(1) Aubry et Rau, § 149, p. 912, n. 10; Demolombe, II, n. 41; Demante, I, n. 147 *bis*, II; Fuzier-Herman, art. 113, n. 1; de Moly, n. 99. — *Contra :* Metz, 15 mars 1823, S., 23. 2. 307.

(2) Demante, *loc. cit.*

(3) Aubry et Rau, I, § 149, p. 912, n. 12; Demolombe, II, n. 43; Laurent, II, n. 142; Huc, I, n. 402. — Cf. Fuzier-Herman, art. 113, n. 4 et 5.

Mais, en l'absence d'une autorisation spéciale à cet effet, cet officier public n'aurait pas qualité pour le faire, l'exercice de l'action en partage étant un acte de disposition que la loi ne permet pas facilement d'accomplir pour autrui (1).

Il semblerait même, d'une façon générale, au dire de certains auteurs (2), que le notaire ne pût, à moins de disposition contraire du jugement, représenter le présumé absent que dans les opérations amiables où il est intéressé. On observe, à l'appui de cette opinion, que l'art. **113** est la reproduction intentionnelle (3) de la disposition de l'art. 7, sect. II, tit. I, de la loi des 29 septembre-6 octobre 1791 sur l'organisation du notariat : or, d'après cette disposition, la mission du notaire ne s'étendait qu'aux « inventaires, ventes, comptes, partages et autres opérations amiables ». En conséquence, celui-ci ne pourrait encore aujourd'hui, ni provoquer les opérations visées par l'art. **113**, ni même défendre aux demandes en justice auxquelles elles donneraient lieu, par exemple à une action en partage. — Mais cette opinion nous paraît très douteuse. D'une part, les termes « et autres opérations amiables » qu'elle invoque en sa faveur ont précisément disparu de l'art. **113**, bien différent en ce point de la disposition précitée, et qui ne contient pas, même en germe, la distinction qu'on y veut introduire. D'autre part, on ne voit pas pourquoi le notaire commis devrait être préalablement autorisé à représenter le présumé absent dans le partage provoqué par ses consorts, puisque le partage est alors un acte nécessaire (art. **815**). Et il est enfin curieux de voir l'un des partisans de cette opinion, M. Demolombe, admettre lui-même que le notaire peut défendre à la demande en partage, par ce motif que « les mots de l'art. **113** : *pour le représenter,*

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, art. 113, n. 4; Aubry et Rau, *loc. cit.*; Demolombe, II, n. 43; Proudhon, I, p. 343; Toullier, I, n. 392; Duranton, I, n. 395; Demante, I, n. 147 *bis*, IV; Huc, I, n. 402; Fuzier-Herman, art. 113, n. 3; Biret, p. 325; Tallandier, p. 81; Plasman, I, p. 63. — Bruxelles, 8 avril 1813, S., 14. 2. 16. — Req. rej., 21 nov. 1887, S., 88. 1. 324, D., 88. 1. 165. — *Contra* : Laurent, II, n. 142. — Cpr. de Moly, n. 174.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, *loc. cit.*; Aubry et Rau, *loc. cit.*; Demolombe, *loc. cit.*; Duranton, I, n 395.

(3) *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 86, n. 5.

supposent eux-mêmes que le partage est en effet provoqué par d'autres » (1).

On décide enfin très généralement, par argument de l'art. 7 de la loi de 1791, qui contenait déjà cette prohibition, que le notaire commis ne peut pas instrumenter dans les opérations où il représente le présumé absent (2).

**1072.** S'il y avait plusieurs présumés absents intéressés dans ces opérations, il serait certainement conforme au vœu de la loi, à raison de l'opposition d'intérêts qui peut exister entre eux, qu'ils fussent représentés chacun par un notaire différent (3). Par où l'on voit qu'il ne faut pas confondre le notaire commis en vertu de l'art. **113** avec celui qui est chargé de représenter de simples non-présents pour la levée des scellés et l'inventaire, aux termes des art. **928, 931** et **942** C. pr. Ce dernier, à la différence de l'autre, représente tous les non-présents. De plus il est nommé d'office par le président du tribunal, et sa mission se termine avec l'inventaire, tandis que le notaire de l'art. **113** est commis par le tribunal tout entier, sur la réquisition de la partie la plus diligente, et sa mission dure jusqu'au partage inclusivement (4). — Et toutefois, d'après M. Huc, cette confusion serait faite dans un grand nombre de tribunaux.

**1073.** Les différentes mesures destinées à sauvegarder les intérêts d'un présumé absent ne peuvent pas être ordonnées d'office par la justice, mais seulement sur la demande des parties intéressées (art. **112**), ou du ministère public.

Quelles personnes la loi désigne-t-elle sous le nom de parties intéressées? Il est bien certain que cette expression ne comprend pas les personnes qui n'ont qu'un intérêt d'affection, mais seulement celles qui ont un intérêt pécuniaire à la conservation des biens du présumé absent. Car il est de principe que les intérêts pécuniaires autorisent seuls l'exercice d'une action en justice, et, en l'absence d'un texte formel y

(1) Cpr. Laurent, II, n. 142; Huc, I, n. 402.

(2) Demolombe, II, n. 44; Duranton, I, n. 395; Huc, I, n. 402; Plasman, I, p. 57, note 1. — Trib. Seine, 18 sept. 1862, Bertin, *Chambre du Conseil*, I, p. 273 et 352.

(3) Demolombe, II, n. 42; Demante, I, n. 147 *bis*-III. — Cpr. art. 838 C. civ., *fine*.

Cpr. Demante, I, n. 147 *bis*, III; Huc, I, n. 402; de Moly, n. 168 s.

dérogeant, il n'y a pas lieu de s'en écarter. Les amis ou parents du présumé absent ne peuvent donc pas, comme tels, former la demande qui nous occupe (1).

**1074.** Mais du moins faut-il considérer comme parties intéressées, non seulement les personnes qui ont un intérêt pécuniaire né et actuel, c'est-à-dire d'ores et déjà existant, mais aussi celles qui n'ont qu'un intérêt futur et éventuel à la conservation des biens en souffrance. La doctrine se prononce, en général, en ce sens, ainsi que la jurisprudence (2). D'une part, en effet, les termes très larges de l'art. 112 embrassent tous les intéressés, que leur intérêt existe ou non dès à présent. D'autre part, et surtout, s'il est vrai que d'ordinaire peuvent seuls agir ceux qui ont un intérêt né et actuel, cette règle est ici, par la nature des choses, inapplicable; car elle est fondée sur cette considération qu'on ne saurait reconnaître d'action en justice à ceux qui ne peuvent pas, ce qui est justement le but de cette action, faire consacrer un droit déjà né. Or tel n'est pas en notre matière l'objet de la demande, qui est de sauvegarder avant tout les droits du présumé absent, et, par voie de conséquence seulement, les droits, nés ou à naître, des personnes intéressées à la conservation de son patrimoine.

Ainsi justifiée, notre solution permet d'écarter immédiatement la distinction qu'on a parfois proposée (3) entre les personnes dont l'intérêt éventuel a son principe dans un acte, comme les appelés à une substitution, et celles dont l'intérêt n'a son principe que dans la loi, comme les héritiers présomptifs. Il serait inadmissible que les premières seules eussent le droit d'agir, comme on l'a prétendu, car le titre des autres est tout aussi respectable et leur intérêt exactement de

(1) Demolombe, II, n. 23; Toullier, I, n. 394; Duranton, I, n. 402. — Cpr. de Moly, n. 146.

(2) Aubry et Rau, I, § 149, p. 910, n. 4; Demolombe, II, n. 22; Valette sur Proudhon, I, p. 257, note *a*, et p. 269, note *a*; Demante, I, n. 146 *bis*, I, et *Encycl. du droit*, v° *Absent*, n. 42 s.; Laurent, II, n. 137; Huc, I, n. 399; Beudant, I, n. 184; Planiol, I, n. 622; Fuzier-Herman, art. 112, n. 10 s.; Weiss, p. 396, note 3; de Moly, n. 102 s.; Plasman, I, p. 28 s. — *Contra:* Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, art. 115, n. 2; Toullier, I, n. 394 s.; Duranton, I, n. 401 s.; Delvincourt, I, p. 47, note 7.

(3) Proudhon, I, p. 257; Toullier, I, n. 394; Duranton, I, n. 402; Marcadé, I, art. 112-III, n. 340.

même ordre. Qu'importe la source de leur droit éventuel, étant donné que le but de leur demande n'est pas de le faire reconnaître, mais d'empêcher que son exercice ultérieur puisse être compromis par l'état d'abandon du patrimoine du présumé absent?

**1075.** Le principe posé, on doit considérer comme parties intéressées :

1° Les créanciers du présumé absent, même ceux dont la créance est à terme ou conditionnelle, car tout créancier, quel qu'il soit, a un intérêt pécuniaire à la conservation du patrimoine de son débiteur, qui est son gage, et le créancier conditionnel, en particulier, peut exercer tous les actes conservatoires de son droit (art. 1180) (1).

Les créanciers dont la créance est exigible, munis ou non d'un titre exécutoire, peuvent, s'ils ne préfèrent poursuivre immédiatement leur paiement, faire pourvoir à l'administration des biens de leur débiteur. Mais il n'est pas d'ailleurs nécessaire qu'ils lui fassent préalablement nommer un curateur pour diriger contre celui-ci leurs poursuites, et il semble même qu'ils ne soient pas admis à requérir dans ce but cette nomination, qui serait à cet égard sans objet : il leur suffit, en effet, d'agir contre le présumé absent lui-même, comme les y obligeait déjà l'ordonnance de 1667 (tit. II, art. 8) (2).

2° Les personnes qui se trouvent avec le présumé absent dans une relation d'indivision ou de société, ou qui ont, en même temps que lui, un droit réel sur un bien, comme le nu propriétaire d'une chose dont il a l'usufruit (3).

3° Le conjoint du présumé absent, car les revenus de ses biens sont, en tout ou en partie, affectés aux besoins du ménage, et de plus son absence peut compromettre, d'une façon plus ou moins complète, l'exécution des conventions matrimoniales des époux (4).

(1) Demolombe, II, n. 25; Demante, I, n. 146 *bis*, I; Laurent, II, n. 137; Huc, I, n 399; Beudant, *loc. cit.;* Planiol, *loc. cit.;* Surville, I, n. 533; Weiss, p. 396, note 3.

(2) Demolombe, *loc. cit.;* Toullier, I, n. 389 et 394; Demante, *Encycl. du droit,* v° *Absent,* n. 41; Huc, I, n. 399; Beudant, I, p. 273, note 1.

(3) Huc, *loc. cit.*

(4) Cf. Demolombe, II, n. 28 et 271.

4° Les héritiers présomptifs du présumé absent au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, éventuellement appelés à recueillir sa succession. L'opinion contraire a été réfutée à l'avance (1).

5° Les légataires du présumé absent, dans le cas rare où leur titre serait déjà légalement connu, c'est-à-dire où ils pourraient produire le testament sans qu'il fût nécessaire de procéder à son ouverture, laquelle ne doit avoir lieu qu'après la déclaration d'absence (2).

6° Enfin les débiteurs eux-mêmes du présumé absent, si par extraordinaire ils avaient un intérêt quelconque à se prévaloir de l'art. 112, car l'absence de leur créancier ne les empêche point de recourir, pour se libérer, à la procédure des offres réelles et de la consignation (3).

**1076.** Le droit de provoquer les mesures nécessaires à la conservation des biens du présumé absent appartient en outre au ministère public. C'est du moins ce qui paraît résulter de l'art. 114, ainsi conçu : « *Le ministère public est spé-* » *cialement chargé de veiller aux intérêts des personnes présu-* » *mées absentes ; et il sera entendu sur toutes les demandes qui* » *les concernent.* » En effet, si la dernière partie de cette disposition, confirmée sur ce point par l'art. 83-7° C. pr., exige que toutes les causes intéressant les présumés absents soient communiquées au ministère public, pour qu'il donne ses conclusions, la première, en lui imposant l'obligation de veiller à leurs intérêts, l'autorise implicitement à provoquer les mesures conservatoires dont parle l'art. 112. Sinon, les deux parties du texte en arriveraient à se confondre. Il est d'ailleurs légitime que ces mesures puissent être prises, si nul autre ne les réclame, à la requête du procureur de la république, représentant naturel de l'intérêt collectif et aussi parfois des personnes qui ne sauraient par elles-mêmes défendre leurs droits (4).

(1) Cf. les autorités citées à la note 2 de la page 241, et Demolombe, II, n. 26; Biret, p. 62.

(2) Laurent, II, n. 137; Huc, I, n. 399; Planiol, I, n. 622. — *Contra :* Demolombe, II, n. 27; Fuzier-Herman, art. 112, n. 12. — Cpr. Demante, I, n. 150 *bis*, II.

(3) Demolombe, II, n. 24; Huc, I, n. 399.

(4) Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, art. 114, et v° *Testament*, sect. V, § 2; Aubry et Rau, I, § 149, p. 910, n. 5; Demolombe, II, n. 29; Proudhon, I, p. 338 s.; Toullier,

**1077.** Mais il nous paraît évident, quoiqu'on ait prétendu le contraire, que le ministère public ne peut pas former lui-même contre les tiers de demandes, de quelque nature que ce soit, au nom du présumé absent. L'opinion opposée dénature son rôle, en lui en prêtant un qui ne lui appartient jamais, et exagère la portée de l'art. 114, qu'on doit interpréter d'après sa très apparente relation avec l'art. 112. Le ministère public peut sans doute mettre la justice en mouvement : mais il ne saurait, pas plus ici qu'ailleurs, substituer son action à celle du juge (1).

**1078.** Quel est maintenant le tribunal compétent pour ordonner, sur la réquisition de qui de droit, les mesures indispensables à la conservation du patrimoine du présumé absent? La loi dit, ce dont on ne pouvait douter, que c'est le tribunal de première instance, mais elle omet de dire lequel. Cette omission a donné lieu à des difficultés, qui n'existent toutefois que dans le cas où le domicile du présumé absent et ses biens, en totalité ou en partie, sont situés dans le ressort de tribunaux différents; car l'hésitation n'est possible qu'entre le tribunal du dernier domicile (ou à défaut, de la dernière résidence) du présumé absent et celui de la situation des biens. La question fut soulevée au Conseil d'Etat (2), lors de la confection de la loi. D'après la solution primitivement adoptée, le tribunal du dernier domicile devait être compétent pour décider s'il y avait présomption d'absence, et, celle-ci une fois reconnue, il devait appartenir au tribunal de la situation des biens de pourvoir à leur administration. Plusieurs jugements pouvaient ainsi devenir nécessaires. Mais, si ce système avait contre lui les lenteurs et les frais que de-

l, n. 308; Duranton, I, n. 398; Demante, I, n. 148 et 148 *bis*, I; Laurent, II, n. 138; Huc, I, n. 399 et 403; Beudant, I, n. 184; Ortolan et Ledeau, *Du ministère public*, I, p. 131 s.; Plasman, I, p. 71 s.; Fuzier-Herman, art. 114, n. 1 et 2; Weiss, p. 396, note 3. — Civ. cass., 23 août 1837, S., 37. 1. 809, D., 37. 1. 445. — Nancy, 26 mars 1874, S., 74. 2. 165, D., 75. 2. 37. — *Contra :* de Moly, n. 121 s. — Cpr. Paris, 23 août 1870, S., 71. 2. 6, D., 71. 2. 9.

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, n. 6; Demolombe, II, n. 30; Laurent, II, n. 139; Demante, I, n. 148 *bis*, I et II, et *Encycl. du dr.*, v° *Absence*, n. 48 s.; Huc, *loc. cit.;* Plasman, I, p. 85. — Metz, 15 mars 1823, S., 23. 2. 307, D., *Rép.*, v° *Absence*, n. 122.

(2) Locré, *Lég.*, IV, p. 84 s., n. 3 et 4.

vait entraîner son application, du moins avait-il le mérite de la logique ; car le tribunal du domicile est le mieux placé pour apprécier les circonstances d'où résulte la présomption d'absence, et le tribunal de la situation des biens pour en régler l'administration.

Aussi quelques auteurs pensent-ils que ce système doit encore être suivi (1). Mais il est généralement rejeté ; car, en définitive, par suite d'un oubli peut-être, l'opinion à laquelle s'était arrêté le Conseil d'Etat n'a pas été convertie en loi par le Corps législatif, qui seul avait qualité pour le faire.

D'après d'autres interprètes (2), les tribunaux du domicile et de la situation des biens seraient également compétents, soit, pour les uns, parce que l'action est mixte, soit, pour les autres, parce que la loi n'a reconnu de compétence exclusive à aucun tribunal. Mais les premiers n'établissent nullement le caractère qu'ils prêtent à l'action, et les seconds ne sauraient fonder leur solution sur le seul silence de la loi.

Pour nous, la compétence appartient au tribunal du dernier domicile, ou, si ce domicile n'est pas connu, de la dernière résidence du présumé absent. Ainsi le veut d'abord, peut-on dire, l'application du principe général, *actor sequitur forum rei*, qui attribue compétence au juge du domicile du défendeur quand la loi n'en désigne pas un autre. Ensuite et surtout il paraît rationnel que le tribunal compétent, dans cette première période, soit le même que celui qui déclarera l'absence, précisément parce que mieux que tout autre il peut apprécier s'il y a véritablement incertitude sur l'existence de la personne aux intérêts de laquelle il s'agit de pourvoir. Et ce tribunal sera compétent à la fois pour rechercher s'il y a présomption d'absence, et pour ordonner les mesures relatives tant aux biens situés dans son ressort qu'à ceux situés en dehors de celui-ci. Cette solution, en même temps qu'elle est plus conforme aux principes généraux, procure une économie de frais, puisqu'un seul jugement suffira dans tous les cas, et évite la contrariété possible de plusieurs décisions judiciaires. Vaine-

(1) Proudhon, I, p 258; Toullier, I, n. 390; Marcadé, I, art. 112-V, n. 342; Talandier, p. 36 s.

(2) Laurent, II, n. 136; Demiau-Grouzilhac, *Procéd. civ.* (Paris, 1825), p. 342.

ment objecte-t-on que le tribunal du domicile sera souvent dans l'impossibilité de pourvoir utilement à l'administration des biens situés au loin. Car, s'il éprouve quelque embarras de ce chef, il peut adresser une commission rogatoire au tribunal du lieu de leur situation (1).

Sans se ranger à cette opinion, assez généralement admise, M. Huc (2) en accepte certains résultats, qu'il justifie autrement. Se décidant d'après la nature de l'action, il estime que celle qui dérive de l'art. 112 est réelle, parce que son objet est de provoquer des mesures destinées à pourvoir à l'administration des biens, et non de faire constater l'état de présomption d'absence de la personne. Il en conclut qu'elle doit être portée devant le tribunal de la situation, lorsqu'elle « tend uniquement à provoquer certaines mesures conservatoires à l'égard seulement de certains immeubles déterminés ». Mais il reconnaît néanmoins que la demande doit être formée devant le tribunal du dernier domicile, lorsqu'elle a pour objet « la nomination d'un curateur général pour tout le patrimoine », parce que celui-ci se confond avec la personne et a le même siège qu'elle. — Cette doctrine repose tout entière sur le caractère de réalité de l'action, qui n'est nullement démontré. Car suffit-il, pour l'établir, d'observer qu'elle a pour objet de faire pourvoir à l'administration des biens ou du moins de certains d'entre eux ? Et peut-on dire qu'elle est réelle, de l'action, par exemple, qui tend à faire ordonner le renouvellement d'un bail ou des poursuites contre le débiteur du présumé absent ? La vérité nous paraît être qu'il est bien difficile de ranger les actions exercées en vertu de l'art. 112 dans une catégorie, et que ce n'est pas, dès lors, d'après leur caractère que doit être résolue cette question de compétence.

Presque tous les auteurs dont nous avons adopté le système y apportent un tempérament, en décidant qu'en cas d'urgence il est permis de s'adresser directement au tribunal de la

(1) Aubry et Rau, I, § 149, p. 910, n. 2; Demolombe, II, n. 20; Duranton, I, n. 401; Delvincourt, I, p. 47, note 6; Valette sur Proudhon, I, p. 258, note *a*; Demante, I, n. 146 *bis*, III, et n. 147 *bis*, III; Planiol, I, n. 621; Fuzier-Herman, art. 112, n. 19 s.; Weiss, p. 396, note 2; Despagnet, n. 274; de Moly, n. 149 s.; Plasman, 1, p. 17 s. — Cpr. Beudant, I, n. 183.

(2) I, n. 401.

situation des biens (1). Mais cette concession nous paraît des plus imprudentes, et peut-être même, au point de vue pratique, est-elle assez peu justifiée.

**1079.** La procédure à suivre sur les demandes formées en vertu de l'art. 112 est tracée par l'art. 859 C. pr. (2). Il est présenté au président du tribunal une requête, à laquelle sont joints les pièces et documents tendant à établir l'état de présomption d'absence. Le président commet un juge, sur le rapport duquel le tribunal statue, après avoir entendu les conclusions du procureur de la République. Mais rien ne paraît faire obstacle à ce que le tribunal ordonne, avant de statuer, les mesures d'instruction nécessaires pour éclairer sa religion.

**1080.** Il va de soi que tous les frais qu'entraînent les mesures prises dans cette période restent à la charge du présumé absent, dans l'intérêt direct duquel elles ont été ordonnées, quoiqu'elles doivent, par voie de conséquence, profiter à ceux qui les ont requises (3).

**1081.** Toutes les règles qui viennent d'être étudiées ne sont applicables, d'après les textes comme d'après les déclarations formelles faites lors de la discussion de la loi (4), qu'à la présomption d'absence (5). Mais la justice ne pourrait-elle pas, sur la demande des intéressés, pourvoir, en cas de nécessité, à l'administration des biens d'une personne qui est simplement non présente, c'est-à-dire éloignée de son domicile ou de sa résidence, sans que son existence soit incertaine ?

A vrai dire, sur le terrain des principes, la question n'est guère douteuse. Les art. 112 et suivants contiennent des dispositions exorbitantes du droit commun, puisqu'elles autorisent l'autorité judiciaire à s'immiscer dans les affaires d'un particulier, et qui, comme telles, ne sauraient être étendues d'un cas à un autre, alors surtout que leur champ

(1) Aubry et Rau, I, § 149, p. 910, n. 3; de Moly, n. 151, et les autorités citées à la note 1 de la p. 246, à l'exception de M. Plasman.

(2) Cf. Demolombe, II, n. 21; de Moly, n. 161 s.; Plasman, I, p. 15 s.

(3) Demolombe, II, n. 46.

(4) Bigot-Préameneu, *Exp. des motifs,* Locré, *Lég.*, IV, p. 126, n. 3.

(5) Demolombe, II, n. 18; Toullier, I, n. 385; Duranton, I, n. 388; Laurent, II, n 118; Huc, I, n. 401; Fuzier-Herman, art. 112, n. 5 et 6; de Moly, n. 9 s.; Plasman, I, p. 13 s.; Talandier, p. 8 s. — *Contra :* Proudhon, I, p. 253 s.

d'application a été très nettement délimité. Sans doute l'inaction forcée de la justice pourra avoir de fâcheux résultats, et l'intérêt général lui-même beaucoup en souffrir. Mais, sans compter que le quasi-contrat de gestion d'affaires est susceptible d'offrir le remède que comporte la situation, il est certain que la loi, du moins la nôtre, inspirée d'idées essentiellement individualistes, se garde scrupuleusement de tout ce qui pourrait paraître un acte d'immixtion dans les affaires des particuliers et un empiètement sur leur liberté. C'est si vrai que le projet du Code n'autorisait même pas l'intervention de la justice en cas de présomption d'absence! On objecte que l'art. 131 *in fine* permet l'application des mesures conservatoires prescrites par l'art. 112 aux biens de l'absent qui reparaît ou donne de ses nouvelles après la déclaration d'absence, par conséquent aux biens d'un non-présent. Sans doute, mais c'est qu'alors l'intervention de la justice se conçoit facilement, car elle a déjà pénétré le secret des affaires de l'absent, puisque l'absence a été déclarée, et il n'y a guère plus d'inconvénient à ce qu'elle continue son rôle, tandis que, dans l'hypothèse qui nous occupe, il s'agit de s'ingérer pour la première fois dans l'administration des biens d'un particulier.

En tout cas il paraîtrait bien difficile d'admettre que la justice pût pourvoir d'une manière générale à l'administration des biens d'un non-présent, par exemple en lui nommant un curateur. Tout au plus pourrait-on concéder qu'elle a le droit d'ordonner, au cas de nécessité et de grande urgence, certaines mesures spéciales pour la conservation des biens, par exemple des réparations, et encore il semble plus sûr de ne pas faire cette concession et de ne pas essayer de combler ce qu'on considère comme une lacune de la loi.

Celle-ci, du reste, a pris soin, en certains cas, des intérêts du non-présent. On a déjà cité les dispositions de nos codes qui ont cet objet, et qui sont notamment relatives au partage, à l'apposition de scellés et à l'inventaire. Pareillement la loi des 28 septembre-6 octobre 1791 (tit. I, sect. V, art. 1[er]) édicte que les municipalités pourvoiront à faire serrer les récoltes des cultivateurs absents, c'est-à-dire non présents. On a même argu-

menté de ces textes pour légitimer l'intervention de l'autorité judiciaire en dehors des hypothèses qu'ils prévoient. Mais, à coup sûr, il n'est pas de dispositions qui réclament plus que celle-là l'interprétation restrictive; et, de ce qu'elles règlent la situation des non-présents dans des circonstances données, il faut bien plutôt en conclure que dans toutes les autres l'autorité est sans droit à prendre en main la défense de leurs intérêts. Quant à l'article précité de la loi de 1791, il convient d'observer qu'il autorise la municipalité à faire rentrer les récoltes, non pas seulement du non-présent, mais de toute personne accidentellement hors d'état de le faire elle-même, à cette condition, qui semble commune à tous les cas, que l'on « réclame ce secours ». Au surplus il s'inspire des sentiments et des idées spéciales du législateur de l'ère intermédiaire, et la preuve en est dans le texte même, qui représente la mesure qu'il ordonne comme un « acte de fraternité ». Or, à tort ou à raison, notre loi moderne semble bien plus préoccupée d'assurer la liberté des individus, même à leurs risques et périls, que de faire régner entre eux une fraternité qui serait plus ou moins susceptible d'y porter atteinte.

L'opinion qui vient d'être défendue, comme étant la plus conforme aux principes, n'est partagée que par de rares auteurs. La plupart admettent tout au moins qu'il est loisible aux tribunaux d'ordonner dans l'intérêt des non-présents, selon les circonstances, les mesures spéciales indispensables à la conservation de leurs biens (1). C'est également en ce dernier sens que tend à se prononcer la jurisprudence (2), qui décide même qu'il peut être nommé, sinon un curateur général chargé de représenter le non-présent, du moins un administrateur provisoire, qui n'a pas le droit d'agir en justice en son nom. Et il appartient, d'après elle, au ministère public, par argument de la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire (tit. VIII, art. 3), qui charge celui-ci de « veiller

(1) Aubry et Rau, I, § 147, p. 906, n. 4; Demolombe, II, n. 18; Demante, I, n. 141 *bis*, II; Tallandier, p. 12.

(2) Trib. Seine, 23 et 28 fév. 1849, 7 mai 1853, Bertin, *Chambre du Conseil*, I, p. 360 s. — Req. rej., 19 juin 1866, S., 66. 1. 324, D., 66. 1. 487. — Bordeaux, 22 nov. 1870, S., 71. 2. 90, D., 72. 2. 8. — Cpr. Nancy, 26 mars 1874, S., 74. 2. 165, D., 75. 2. 37. — Bordeaux, 30 juill. 1895, D., 98. 2. 253.

pour les absents indéfendus », de provoquer les mesures que la situation comporte.

**1082.** On peut encore faire observer, à titre de simple rapprochement, et en ne prenant plus l'expression « non-présents » dans son acception technique, qu'il a été édicté certaines mesures ayant pour but de sauvegarder les intérêts de ceux qui, à l'étranger, ne se trouvent pas dans le lieu où ils devraient être pour les défendre, sans être pour cela nécessairement éloignés du lieu de leur domicile : aussi ne peut-on les appeler non-présents que par un abus de langage. Tel est le cas des Français qui ont expédié des marchandises à l'étranger : les consuls sont chargés de prendre ou de provoquer toutes mesures conservatoires. Tel est encore le cas des Français appelés à une succession de leur parent, de même nationalité, décédé à l'étranger : de très nombreuses conventions diplomatiques ont accordé à cet égard aux consuls, dans l'intérêt de leurs nationaux, des pouvoirs plus ou moins étendus.

**1083.** La présomption d'absence prend fin :

1° Par la preuve acquise du décès de l'absent, auquel cas sa succession s'ouvre au profit de ceux qui étaient appelés à la recueillir à cette époque ;

2° Par la preuve acquise de son existence, auquel cas la continuation des mesures ordonnées auparavant peut être imposée par les circonstances (arg. art. **131**), tandis qu'il prend lui-même l'administration de ses biens, s'il se représente, à charge de respecter les actes régulièrement faits en son nom jusque-là (') ;

3° Par la déclaration d'absence.

## SECTION II

### DE LA DÉCLARATION D'ABSENCE

### § I. *Des conditions auxquelles elle intervient.*

**1084.** Les doutes qui existent sur le sort d'un absent s'accentuent avec le temps : chaque jour qui s'écoule sans nou-

(') Aubry et Rau, I, § 150, p. 913, n. 1 ; Beudant, I, n. 186.

velles rend son décès plus probable. Aussi la loi, qui pendant la première période s'est préoccupée à peu près exclusivement des intérêts de l'absent, va-t-elle, pendant la deuxième, prendre de plus en plus en considération les intérêts de ceux qui ont des droits subordonnés à son décès et principalement de ses héritiers présomptifs, et substituer, aux mesures de protection indéterminées et plus ou moins partielles qu'elle autorise pendant la présomption d'absence, un système général et défini d'administration des biens délaissés. Mais ce système ne pourra fonctionner qu'autant que l'état d'absence de la personne aura été constaté préalablement, avec toutes les garanties désirables, par l'autorité judiciaire.

### I. *Du tribunal compétent pour la déclaration d'absence.*

**1085.** Le tribunal compétent pour faire cette constatation, c'est-à-dire pour prononcer la déclaration d'absence, est, de l'aveu de tout le monde, le tribunal de première instance du dernier domicile, ou, si celui-ci n'est pas connu, de la dernière résidence de l'absent (arg. art. 115, et art. 1er de la loi du 13 janvier 1817). C'est ce qui fut, du reste, déclaré au Conseil d'Etat (1), et il y a au fond, pour le décider ainsi, les mêmes raisons que celles qui imposent, d'après nous, la compétence de ce tribunal dans la première période (2).

### II. *De l'époque à laquelle elle peut intervenir.*

**1086.** Le délai à l'expiration duquel la déclaration d'absence peut être demandée, varie suivant que l'absent a ou n'a pas laissé de procuration.

S'il n'en a point laissé, la déclaration d'absence peut être demandée quatre ans après la disparition ou les dernières nouvelles. « *Lorsqu'une personne aura cessé de paraître au* » *lieu de son domicile ou de sa résidence, et que depuis quatre*

(1) Locré, *Lég.*, IV, p. 56, n. 13.

(2) Aubry et Rau, I, § 151, p. 914, n. 2; Demolombe, II, n. 58; Duranton, I, n. 421; Proudhon, I, p. 272; Demante, I, n. 150 *bis*, I; Laurent, II, n. 159; Huc, I, n. 414; Fuzier-Herman, art. 115, n. 12 et 13; Despagnet, n. 243; Plasman, I, p. 99; Talandier, p. 119; de Moly, n. 284 s.

» *ans on n'en aura point eu de nouvelles, les parties intéres-*
» *sées pourront se pourvoir devant le tribunal de première*
» *instance, afin que l'absence soit déclarée.* » (Art. 115).

**1087.** Que si, au contraire, l'absent a laissé une procuration, le délai est alors porté à dix ans. « *Si l'absent a laissé* » *une procuration, ses héritiers présomptifs ne pourront pour-* » *suivre la déclaration d'absence et l'envoi en possession pro-* » *visoire, qu'après dix années révolues depuis sa disparition* » *ou depuis ses dernières nouvelles.* » (Art. 121).

C'est à tort que ce texte a été placé au Chapitre III de notre titre, parmi les dispositions relatives aux effets de l'absence : sa place était au Chapitre II, qui s'occupe de sa déclaration. D'après le projet, en effet, l'existence d'une procuration devait seulement retarder l'envoi en possession provisoire, et non la déclaration d'absence. Il était donc tout simple, dans ce système, que l'art. 121 figurât dans le Chapitre III. Mais il aurait dû être reporté au chapitre précédent lorsqu'il reçut sa rédaction définitive, puisque c'est la déclaration d'absence elle-même que fait ajourner la procuration (1).

On comprend d'ailleurs pourquoi celle-ci retarde le moment où cette déclaration peut être provoquée. L'absent qui a laissé un procureur fondé, chargé de l'administration de ses biens, a par cela même manifesté l'intention de rester longtemps éloigné de son domicile. Son silence prolongé est plus facilement explicable que celui de l'absent qui a disparu sans pourvoir à la gestion de ses intérêts. On doit donc concevoir moins promptement des inquiétudes sur le sort du premier que sur celui du second (2).

**1088.** Mais une procuration quelconque suffit-elle pour rendre irrecevable jusqu'à l'expiration du délai de dix ans la demande en déclaration d'absence, ou bien faut-il nécessairement qu'elle soit générale?

La loi, quoi qu'on en ait dit, semble bien exiger qu'elle ait ce caractère, car l'art. 120 parle d'une procuration laissée par l'absent « pour l'administration de ses biens », c'est-à-

(1) Cpr. Demolombe, II, n. 50.
(2) Bigot-Préameneu, *Exp. des mot.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 135, n. 19.

dire de son patrimoine. Et quand l'art. 121 prévoit l'existence d' « une procuration », sans rien ajouter, il est bien évident que la procuration dont il s'agit est la même que celle dont il est question dans l'article précédent, c'est-à-dire une procuration générale. Cette solution, d'ailleurs, est fondée en raison. L'existence d'un mandat général, qui ne laisse aucun bien en souffrance, explique jusqu'à un certain point le silence prolongé de l'absent, qui ne donne peut-être point de ses nouvelles parce qu'il sait que tous ses intérêts sont sauvegardés. Mais on n'en saurait dire autant d'un mandat spécial, qui peut laisser la plupart d'entre eux à l'abandon. Il n'y a enfin aucun inconvénient pratique à décider que cette procuration ne porte pas nécessairement à dix ans notre délai; car les juges seront toujours autorisés à en tenir compte pour ne pas faire droit à une demande qui leur paraîtrait prématurément formée (1).

Cependant, d'après plusieurs auteurs (2), il appartiendrait au juge de décider, en fait et eu égard à l'étendue de la procuration spéciale et aux circonstances, si la déclaration d'absence peut intervenir ou non avant les dix ans. Cette opinion ne résulte, à notre avis, que d'une confusion. Il s'agit en effet uniquement de savoir si la demande de déclaration d'absence formée avant les dix ans est ou non recevable, et cette question ne peut être résolue qu'en droit, par interprétation de l'art. 121. Il ne saurait donc y avoir place ici, comme on le prétend, au pouvoir discrétionnaire du juge : il ne peut user de celui-ci, comme on vient de le montrer, que lorsqu'il recherche si la demande, supposée recevable, doit être accueillie (art. 117). Or c'est précisément sur la recevabilité de l'action que porte la difficulté qui nous occupe.

Du reste le mandat conféré par la loi au tuteur d'un mineur nous paraîtrait, à raison de son étendue, devoir pro-

(1) Aubry et Rau, I, § 151, p. 914, n. 3; Delvincourt, I, p. 47, note 3; Planiol, I, n. 625; Surville, I, n. 534; Plasman, I, p. 198 s. — *Contra :* Toullier, I, n. 424; Huc, I, n. 411; de Moly, n. 100 et 225; Talandier, p. 104.

(2) Demolombe, II, n. 54; Duranton, I, n. 412; Valette sur Proudhon, I, p. 273, obs. III; Laurent, II, n. 155; Fuzier-Herman, art. 121, n. 1 et 2.

duire les effets d'une procuration générale, quoiqu'il n'émane pas du disparu lui-même (1).

**1089.** Quelles conditions maintenant, au point de vue de sa durée, doit remplir la procuration?

Il peut arriver qu'elle vienne à cesser. Si elle cesse par une cause étrangère à la volonté de l'absent, par exemple par la mort du mandataire ou par tout autre empêchement tenant à sa personne, ces événements, qui sont inconnus de l'absent, n'affaiblissent en rien l'induction que la loi tire de l'existence de la procuration. Celui-ci a pourvu à la gestion de ses intérêts : il les croit bien gérés, son silence se comprend. On applique alors sans difficulté l'art. **122**, ainsi conçu : « *Il en sera de même* (c'est-à-dire que la déclaration d'absence ne pourra être poursuivie qu'au bout de dix ans) » *si la procuration vient à cesser; et, dans ce cas, il sera* » *pourvu à l'administration des biens de l'absent, comme il* » *est dit au chapitre I du présent titre.* »

**1090.** Mais cette disposition est-elle encore applicable lorsque la procuration prend fin par l'expiration du terme que l'absent lui-même a assigné aux pouvoirs de son mandataire, par exemple lorsqu'elle n'a été donnée que pour deux ou cinq ans? Et la déclaration d'absence ne pourra-t-elle alors être provoquée qu'après dix années depuis la disparition ou les dernières nouvelles?

L'affirmative (2) semble bien résulter de l'art. **122**, dont le texte ne fait aucune distinction entre les diverses causes qui peuvent mettre fin au mandat et semble embrasser aussi bien celles qui dépendent de la volonté de l'absent que celles qui en sont absolument indépendantes.

Il y a cependant une objection grave contre cette solution. La procuration donnée par l'absent pour un temps très court explique bien jusqu'à un certain point son silence pendant cette durée; mais, après qu'elle est expirée, son silence n'est guère plus compréhensible que dans l'hypothèse où il n'a pas

(1) Demolombe, II, n. 51. — Cpr. Magnin, *Traité des minorités, tutelles et curatelles*, I, n. 613.

(2) Duranton, I, n. 411; Demante, I, n. 150; Huc, I, n. 410 et 411; Beudant, I, p. 276, note 1; Plasman, I, p. 202.

laissé de procuration. D'autre part, l'art. 122, d'après les explications mêmes de Bigot-Préameneu (1), ne prévoirait que « le cas où la procuration cesserait par la mort ou par un autre empêchement ». Or on ne saurait qualifier d'empêchement la cause qui met fin au mandat dont la durée a été limitée par l'absent lui-même. Aussi plusieurs auteurs, faisant prévaloir ce qui leur paraît être l'esprit de la loi sur son texte, décident-ils que la déclaration d'absence peut être demandée « quatre années après le terme fixé pour la durée de la procuration » (2). Mais ils supposent sans le dire, en quoi leur formule doit être rectifiée, que ces quatre années, jointes à la durée de la procuration, n'excèdent pas dix ans, ou, en d'autres termes, que la durée de la procuration n'est pas supérieure à six ans. Car il est évident que, même dans leur opinion, lorsque le mandat a été donné pour sept ans, la déclaration d'absence peut être provoquée trois années au plus après le terme qui lui a été assigné, c'est-à-dire dix ans après le jour du dernier signe de vie (3). La question discutée n'a donc d'intérêt pratique qu'en ce qui touche les procurations données pour une durée moindre de six ans, et non de dix, comme le supposent à tort MM. Aubry et Rau.

Enfin, d'après certains interprètes (4), qui reproduisent ici, quant à la durée de la procuration, leur opinion relativement à son caractère de généralité ou de spécialité, le juge aurait le pouvoir discrétionnaire de décider si la procuration de courte durée doit ou non retarder la déclaration d'absence. Mais il est superflu de réfuter à nouveau cette idée, qui provient, ainsi qu'on l'a déjà démontré, d'une confusion certaine.

**1091.** Que si la procuration a été donnée par l'absent pour une durée supérieure à dix ans ou même indéterminée, on doit admettre sans hésiter qu'elle ne retarde pas la déclaration d'absence au delà du terme fixé par l'art. 121. Ainsi le veulent la généralité de ce texte, et cette considération que,

(1) Locré, *Lég.*, IV, p. 137, n. 19.
(2) Aubry et Rau, I, § 151, p. 915, n. 6.
(3) Cf. *infra*, n. 1091.
(4) Demolombe, II, n. 55; Laurent, II, n. 155; Fuzier-Herman, art. 121, n. 2.

l'existence d'une procuration pareille ne suffisant pas pour détruire l'incertitude qui plane sur la vie de l'absent, il n'a pu dépendre de celui-ci de retarder indéfiniment, en la donnant aussi longue, l'application des mesures ordonnées par la loi pour l'administration de son patrimoine. La demande formée dix ans après la disparition ou les dernières nouvelles ne pourrait donc pas être déclarée non recevable comme prématurée; mais le juge aurait au fond, bien entendu, le droit de la rejeter, en vertu du pouvoir d'appréciation qui lui est conféré par l'art. 117 (1).

**1092.** Quel est enfin le point de départ du délai de quatre ou de dix ans, à l'expiration duquel la demande en déclaration d'absence est recevable?

Il va de soi, si on n'a jamais reçu aucune nouvelle de l'absent, que ce délai court du jour de sa disparition. Mais, au cas contraire, court-il du jour de l'émission ou du jour de la réception des dernières nouvelles? Rationnellement le délai doit avoir pour point de départ le jour où l'existence de l'absent a cessé d'être certaine, par conséquent le jour de l'émission des dernières nouvelles, car cette existence n'est certaine qu'à ce moment : elle devient incertaine immédiatement après. La lettre écrite par l'absent prouve bien qu'il existait à la date où elle a été faite, mais elle ne prouve certes pas qu'il vivait encore le jour où elle est parvenue à destination. L'incertitude à l'origine de laquelle il faut se reporter commence dès le moment où a été donné le dernier signe de vie : elle doit donc prendre naissance dès le jour où les nouvelles ont été émises, comme elle le fait, lorsqu'il n'en a pas été reçu, dès le jour de la disparition. Cette solution est confirmée en outre par l'art. 121, qui fait courir le délai de 10 ans à compter des « dernières nouvelles ».

Est-elle contredite, comme beaucoup le prétendent, par l'art. 115, d'après lequel la déclaration d'absence d'une personne ne peut être demandée que lorsque « depuis quatre ans on n'en aura point eu de nouvelles »? Il semble en effet que

(1) Aubry et Rau, I, § 151, p. 915, n. 5; Demolombe, II, n. 56; Duranton, I, n. 413; Toullier, I, n. 425; Valette sur Proudhon, I, p. 273, obs. III; Laurent, II, n 155; Beudant, I, p. 276, note 1; de Moly, n. 225; Plasman, I, p. 202.

le législateur s'attache ici à la date de la réception des nouvelles. Mais d'abord il a pu se placer dans l'hypothèse, fréquente en pratique, d'un absent qui n'a donné aucune nouvelle depuis sa disparition : et, à le bien lire, le texte paraît même conçu dans cette supposition (1). Or, ainsi entendu, il ne saurait nous être opposé. En tout cas, l'argument qu'on en pourrait tirer est exactement contre-balancé par l'argument contraire qu'offre l'art. 121. Le doute doit donc être résolu d'après les considérations rationnelles qui viennent d'être exposées, et qui nous paraissent d'autant plus décisives que la loi elle-même s'en est manifestement inspirée en ordonnant l'envoi en possession provisoire au profit des héritiers présomptifs de l'absent « au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles » (art. 120). L'origine de l'incertitude qui règne sur la vie de l'absent ne saurait être raisonnablement placée à des époques différentes, suivant qu'il s'agit de la déclaration d'absence ou de l'envoi en possession qui en est l'effet (2).

### III. *Des personnes qui peuvent provoquer la déclaration d'absence.*

**1093.** La déclaration d'absence peut être demandée par les « parties intéressées » (art. 115). Ces expressions ont-elles le même sens que dans l'art. 112, où elles s'entendent de toutes personnes ayant intérêt à la conservation des biens? On l'a prétendu (3), mais cette opinion est contraire à ce principe certain qu'une action n'appartient qu'à ceux à qui peut profiter son exercice. Or l'intérêt de la déclaration d'absence

(1) D'après M. Laurent (II, n. 156), il supposerait, au contraire, des nouvelles reçues. Mais l'erreur de l'éminent auteur provient simplement de ce qu'il cite mal le texte en question, lisant : « et que depuis quatre ans on n'en aura *plus* eu de nouvelles », alors qu'il faut lire : «.... on n'en aura *point* eu de nouvelles ». Il est vrai que, un peu plus bas, le même auteur cite une seconde fois le texte et en donne une nouvelle leçon, incorrecte comme la première, mais se rapprochant, cette fois, de la bonne.

(2) Demolombe, II, n. 57; Valette sur Proudhon, I, p. 271, note *a;* Marcadé, I, art. 115-III, n. 352; Demante, I, n. 150 *bis*, III; Laurent, II, n. 156; Huc, I, n. 409; Planiol, I, n. 626. — *Contra :* Aubry et Rau, I, § 151, p. 914, n. 4; Duranton, I, n. 414; Delvincourt, I, p. 49, note 1; Fuzier-Herman, art. 115, n. 9 et 10; de Moly, n. 47 s.; Plasman, I, p. 97.

(3) De Moly, n. 262 s.; Plasman, I, p. 128 s.

consiste dans l'envoi en possession provisoire, qui en est le fruit. Il s'ensuit qu'elle ne peut être demandée que par ceux qui, l'absence une fois déclarée, ont droit à cet envoi, mais aussi qu'elle peut l'être par tous ceux qui y ont droit (1). Il faut donc écarter également la doctrine (2) d'après laquelle la déclaration d'absence ne pourrait être provoquée que par les héritiers présomptifs de l'absent et son conjoint. Elle rétrécit en effet, sans raison plausible, et contrairement au principe qui vient d'être rappelé, le cercle des « parties intéressées ».

**1094.** De la règle telle qu'elle a été posée, il résulte que, si la déclaration d'absence peut être provoquée par toutes les personnes ayant sur le patrimoine de l'absent des droits subordonnés à la condition de son décès (arg. art. **123**) (3), elle ne peut l'être :

1° Ni par les créanciers de l'absent, car la déclaration d'absence leur serait non seulement inutile, mais le plus souvent préjudiciable (4). Effectivement, par suite de l'envoi en possession, les biens de l'absent seront fréquemment divisés entre divers ayants droit, ce qui rendra les poursuites des créanciers plus onéreuses et plus difficiles, et une part des revenus qu'ils produisent sera attribuée aux envoyés. C'est à tel point qu'on s'explique difficilement comment l'art. 11 de la loi du 13 janvier 1817 sur les militaires absents a pu faire figurer les créanciers parmi les personnes auxquelles appartient cette faculté. Peut-on dire qu'ils ont intérêt à l'établissement d'un système général d'administration qui doit mieux assurer la conservation de leur gage? Mais cet établissement ne dépendrait pas d'eux, lors même qu'il leur serait permis

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, art. 115, n. 2; Aubry et Rau, I, § 151, p. 915, n. 7-10; Demolombe, II, n. 59; Duranton, I, n. 415 s.; Delvincourt, I, p. 49, note 2; Toullier, I, n. 399; Proudhon et Valette, I, p. 269; Laurent, II, n. 157 et 158; Demante, I, n. 150 *bis*, I; Huc, I, n. 412; Beudant, I, n. 187; Planiol, I, n. 627; Surville, I, n. 534; Fuzier-Herman, art. 115, n. 3 s. — Cpr. Plasman, I, p. 124 s.

(2) Locré, *Esprit du C. Nap.*, I, sur l'art. 115, p. 581; Marcadé, I, art. 115-II, n. 351.

(3) Cf. *infra*, n. 1105 s.

(4) Cf. les autorités citées *supra*, note 1, et Huc, I, n. 413. — *Contra* : Demante, I, n. 150 *bis*, I; de Moly, n. 262 s.; Plasman, I, p. 128 s. — Cpr. Beudant, *loc. cit.*

de faire déclarer l'absence, car ils ne pourraient évidemment contraindre ceux qui ont droit à l'envoi à le réclamer. Et si ces derniers étaient disposés à le faire, ils n'attendraient certes pas d'y être poussés par les créanciers et provoqueraient d'eux-mêmes la déclaration.

2° Ni par le ministère public, car il est le contradicteur-né de la demande (art. 116), et souvent il doit bien plutôt proposer au nom de l'absent, intéressé tout au moins à conserver la jouissance entière de ses revenus, tous les moyens propres à la faire échouer, lorsqu'elle a été formée par les divers ayant-droit. Il ne dépendrait pas d'ailleurs du ministère public, pas plus que des créanciers, que la déclaration d'absence eût l'effet qui assure son efficacité, l'envoi en possession (1).

### IV. *De la procédure à suivre sur la demande en déclaration d'absence.*

**1095.** En organisant cette procédure, la loi s'est proposé, d'une part, de mettre le tribunal à même de savoir s'il n'a été reçu aucune nouvelle de l'absent, d'autre part d'informer celui-ci de la demande formée et de le mettre de la sorte en demeure de donner signe de vie.

La demande en déclaration d'absence s'introduit de la même façon que la demande d'envoi en possession: l'art. 860 C. pr. ne parle que de cette dernière, mais il est certainement applicable à l'autre, à raison du lien étroit existant entre ces deux demandes, qui d'ailleurs, en pratique, sont presque toujours formées simultanément (2). Elle s'introduit donc par une requête adressée au président du tribunal, et non au tribunal, comme le dit M. Huc, qui méconnaît la disposition formelle des art. 859 et 860 C. pr. Sur cette requête, à

(1) Cf. les autorités citées à la note 1 de la p. 258, et Demolombe, II, n. 62; Duranton, I, n. 420 *bis*; Demante, I, n. 150 *bis*, I; Huc, I, n. 414; Beudant, I, n. 187; Ortolan et Ledeau, *Du ministère public en France*, I, p. 143; Fuzier-Herman, art. 115, n. 8.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 916, n. 10 *bis*; Demolombe, II, n. 63; Demante, I, n. 150 *bis*, I, et n. 156 *bis*, I; Beudant, I, n. 187; Planiol, I, n. 628; Chauveau et Carré, quest. 2908, et Dutruc, *Suppl.*, v° *Absence*, n. 15. — Cpr. Huc, I, n. 416.

laquelle doivent être joints les pièces et documents sur lesquels s'appuie la demande, un juge est commis pour faire le rapport au jour indiqué.

**1096.** Sur ce rapport et sur les conclusions du ministère public, le tribunal peut, ou bien rejeter la demande *de plano*, s'il se trouve suffisamment éclairé, par exemple s'il a sous les yeux une lettre récente de l'absent, ou bien ordonner une enquête, qui a pour but de rechercher depuis quelle époque on n'en a pas reçu de nouvelles. « *Pour constater l'absence, le* » *tribunal, d'après les pièces et documents produits, ordonnera* » *qu'une enquête soit faite contradictoirement avec le procu-* » *reur du Roi, dans l'arrondissement du domicile, et dans* » *celui de la résidence, s'ils sont distincts l'un de l'autre.* » (Art. 116).

Le tribunal ne peut certainement pas déclarer l'absence sans ordonner préalablement cette enquête, même lorsque toutes les conditions requises lui paraissent d'ores et déjà remplies (1), même lorsque cent ans se sont écoulés depuis la naissance de l'absent (2). Cette proposition résulte invinciblement des termes impératifs de l'article précité, et de l'art. 119, d'après lequel il doit nécessairement y avoir un intervalle d'un an entre le jugement de déclaration d'absence et celui qui a ordonné l'enquête.

**1097.** Les personnes les mieux renseignées sur le sort de l'absent devant naturellement se trouver à son dernier domicile et à sa dernière résidence, la loi exige qu'une enquête soit faite dans les deux arrondissements où ils sont situés s'ils sont distincts l'un de l'autre, et même dans d'autres, s'il y avait plusieurs résidences en des arrondissements différents. Dans ce but il appartient au tribunal du domicile d'adresser une commission rogatoire aux tribunaux des différentes résidences (3).

L'enquête doit être faite contradictoirement avec le procu-

(1) Aubry et Rau, I, § 151, p. 916, n. 11 ; Demolombe, II, n. 63; Duranton, I, n. 422 ; Demante, I, n. 151 *bis*, I ; Marcadé, I, art. 116, n. 354 ; Laurent, II, n. 160; Planiol, I, n. 628 ; Surville, I, n. 534 ; Fuzier-Herman, art. 116, n. 1.

(2) *Contra :* Proudhon, I, p. 274 ; Demante, I, n. 169 *bis*, I ; Huc, I, n. 416.

(3) Demante, I, n. 151 *bis*, II ; Laurent, II, n. 160.

teur de la République, qui y figure au nom de l'absent et le représente à tous égards : il a notamment, à ce titre, le droit de provoquer une contre-enquête (art. 256 C. pr.), et de faire appel tant du jugement ordonnant l'enquête que de celui qui déclare l'absence (arg. art. 8 de la loi du 13 janvier 1817) (1). Il en résulte que l'absent ne peut pas, après son retour, se pourvoir par tierce opposition contre ces différentes décisions (2).

Cette enquête doit être faite en la forme des enquêtes ordinaires (3). Mais on s'accorde à décider que les personnes énumérées par les art. 268 et 283 C. pr., telles que certains parents ou alliés, les héritiers présomptifs et les serviteurs de l'une des parties, pourraient, contrairement au droit commun, y être entendues sans qu'on pût faire valoir contre elles de reproches. Il n'en est pas généralement de mieux renseignées, et, si leur témoignage peut être suspect, il faut observer qu'il porte principalement sur un fait négatif, l'absence de nouvelles, que leur silence suffirait aussi bien à établir qu'une déposition mensongère. Alors à quoi bon les empêcher de la faire ? Du moins a-t-on la chance que leur déposition soit conforme à la vérité (4).

**1098.** L'enquête fournit au juge les éléments de sa décision, mais il jouit du plus large pouvoir d'appréciation pour statuer sur la demande. « *Le tribunal,* dit l'art. 117, *en sta-* » *tuant sur la demande, aura d'ailleurs égard aux motifs de* » *l'absence, et aux causes qui ont pu empêcher d'avoir des* » *nouvelles de l'individu présumé absent.* » Ce pouvoir d'appréciation doit être entendu en ce sens que, si le juge ne peut pas déclarer l'absence au cas où il a été reçu des nouvelles depuis quatre ou dix ans, il peut se refuser à la déclarer lors

(1) Cf. Demante, I, n. 151 *bis*, III.

(2) Demolombe, II, n. 64; Huc, I, n. 416; Fuzier-Herman, art. 116, n. 6 et 7. — Colmar, 4 mars 1815, S., 16. 2. 34, D., *Rép.*, v° *Absence*, n. 262.

(3) Demolombe, II, n. 65; Duranton, I, n. 423; Huc, I, n. 416; Plasman, I, p. 103; Fuzier-Herman, art. 116, n. 2 et 3. — Colmar, 16 thermidor an XII, S., 1807. 2. 936, D., *Rép.*, v° *Absence*, n. 189.

(4) Aubry et Rau, I, § 151, p. 916, n. 11; Demolombe, II, n. 66; Toullier, I, n. 402; Duranton, I, n. 423; Proudhon et Valette, I, p. 275; Huc, *loc. cit.*; Fuzier-Herman, art. 116, n. 4 et 5; de Moly, n. 314; Plasman, I, p. 106.

même qu'il n'en aurait pas été reçu. La demande est, sans doute, recevable dans cette dernière hypothèse ; mais il appartient au juge de dire, eu égard aux circonstances, si elle est bien fondée (1).

**1099.** « *Le jugement de déclaration d'absence ne sera rendu* » *qu'un an après le jugement qui aura ordonné l'enquête.* » (Art. 119). En ajoutant ce délai au délai de quatre ou de dix ans avant l'expiration duquel cette déclaration ne peut pas être utilement demandée, on arrive à un délai de cinq ou de onze ans qui représente la durée minima de la période de présomption d'absence, à laquelle la déclaration met fin.

**1100.** Enfin la loi ordonne des mesures de publicité ayant pour but d'informer l'absent que le jugement interlocutoire (et non préparatoire, comme le dit l'art. 118) ordonnant l'enquête et le jugement définitif déclarant l'absence ont été prononcés, et de le provoquer ainsi à en prévenir ou à en arrêter les effets, en donnant signe de vie. « *Le procureur du Roi* » *enverra, aussitôt qu'ils seront rendus, les jugements tant pré-* » *paratoires que définitifs, au Ministre de la justice, qui les* » *rendra publics.* » (Art. 118) (2).

Cette publicité a lieu d'ordinaire par voie d'insertion d'extraits de ces jugements au *Journal officiel*, mais le mode en peut être déterminé arbitrairement par le ministre (3).

La publication de ces jugements est substantielle. Du moins la déclaration d'absence ne saurait-elle intervenir avant la publication du jugement ordonnant l'enquête (4). C'est d'ailleurs pour que celle-ci ait le temps de produire son effet qu'un an doit nécessairement s'écouler entre la date de ce jugement et le jugement définitif.

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 916; Demolombe, II, n. 52 et 53; Demante, I, n. 152 ; Laurent, II, n. 160; Huc, I, n. 416; Fuzier-Herman, art. 117, n. 1. — Cpr. Plasman, I, p. 93 s.

(2) Cf. Demolombe, II, n. 67 s.

(3) *Disc. au C. d'Etat*, Locré, *Lég.*, IV, p. 38, n. 12, et p. 63, n. 23; Aubry et Rau, I, § 151, p. 917, n. 13; Laurent, II, n. 161; Planiol, I, n. 630; Fuzier-Herman, art. 118, n. 1.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*; Demante, I, p. 247, note 1 ; Huc, I, n. 416; Fuzier-Herman, art. 119, n. 1. — Civ. cass., 15 juill. 1878, S., 78. 1. 452, D., 78. 1. 422, concl. de M. Charrins. — Cf. décis. min. des 10 et 30 nov. 1876 et 29 janv. 1877, *Bull. off. du min. de la just.*, 1877, p. 3.

Tous deux sont au reste susceptibles d'appel, de la part des parties ou du procureur de la République (1).

## § II. *Des effets de la déclaration d'absence.*

**1100 *bis*.** Dans une certaine mesure la déclaration d'absence donne provisoirement ouverture à l'exercice des droits subordonnés au décès de l'absent et qui portaient sur ses propres biens. Mais elle reste sans influence sur le sort de tous les autres droits, dont l'exercice demeure par suite en suspens tant que dure l'incertitude qui plane sur l'existence de l'absent lui-même. Celui-ci n'étant, même après la déclaration, supposé ni mort, ni vivant, c'est à ceux qui se prévalent de son existence ou de son décès, en vue d'exercer un droit, à rapporter, conformément à la règle, la preuve du fait auquel il est subordonné (2).

Par application de ce très important principe, on verra que la demande en nullité d'un engagement souscrit sans aucune autorisation par une femme, après que l'existence de son mari est devenue douteuse, ne saurait être accueillie tant que ce doute subsiste ; car son succès est subordonné à la preuve que l'autorisation maritale devait être obtenue, et que par suite le mari vivait encore lorsque l'acte a été accompli (3).

### I. *De l'envoi en possession provisoire.*

#### N° 1. Ses caractères.

**1101.** L'envoi en possession provisoire est le fruit de la déclaration d'absence. Il a pour but de substituer un meilleur et plus complet système d'administration du patrimoine de

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 917, n. 13; Demolombe, II, n. 69; Demante, I, n. 151 *bis*, III; Huc, I, n. 416.

(2) Aubry et Rau, I, § 148, p. 907, n. 1 *bis*; Demante et Colmet de Santerre, I, n. 157 *bis* A; Beudant, I, n. 178. — Civ. rej., 15 déc. 1863, S., 64. 1. 27, D., 64. 1. 153 et note. — Req. rej., 14 août 1871, S., 71. 1. 101, D., 71. 1. 193, note de M. Garsonnet. — Civ. rej., 9 mai 1882, D., 83. 1. 251.

(3) Demante et Colmet de Santerre, *loc. cit.*; Huc, I, n. 447; Beudant, *loc. cit.*; Fuzier-Herman, art. 135, n. 6. — Civ. rej., 30 août 1826, S., 27. 1. 157, D., 27. 1. 15. — Lyon, 20 août 1869, S., 70. 2. 124. — Caen, 13 déc. 1875, S., 76. 2. 137 et note. — Cf. *infra*, n. 1285, et les autorités citées.

l'absent aux mesures plus ou moins définies, plus ou moins générales, et toujours assez imparfaites, prises pour y pourvoir durant la première période. Ce n'est qu'avec la plus grande réserve, en effet, que pendant celle-ci ces mesures doivent être ordonnées, et souvent elles surviennent trop tard, par suite des lenteurs de la justice ou de la négligence des intéressés. Que si le tribunal nomme un curateur salarié, trop fréquemment il administre comme un homme dont les actes ne sont guère soumis à un contrôle efficace et que sa gestion n'intéresse qu'au point de vue des émoluments qu'elle lui procure. Bref les années que dure la présomption d'absence risquent d'équivaloir, comme le dit M. Laurent, à autant d'années d'abandon. L'intérêt des héritiers de l'absent et généralement de tous ceux qui ont des droits subordonnés à son décès, l'intérêt de l'absent lui-même, s'il est encore en vie, l'intérêt social enfin exigent que cette situation ne se prolonge pas indéfiniment et que la conservation du patrimoine délaissé soit mieux assurée. A cet effet la loi n'a pas cru pouvoir mieux faire que de confier l'administration des biens de l'absent précisément à ceux à qui ces biens doivent revenir après sa mort, les meilleurs administrateurs devant être tout naturellement ceux auxquels ces biens doivent appartenir un jour. C'est là ce qui constitue essentiellement l'envoi en possession provisoire.

Il ne faut pas ajouter, comme on le fait trop souvent, que cet envoi est « une sorte d'ouverture provisoire de la succession de l'absent », ou que le patrimoine de celui-ci « est, à certains égards, envisagé comme une hérédité ouverte » (1). Ces propositions, qui ne devraient exprimer que de simples comparaisons, ont fini par usurper dans la doctrine le caractère de véritables principes, auxquels on demande la solution des nombreuses difficultés que soulève la matière. Nous ne saurions quant à nous les reconnaître comme telles, car elles n'ont aucune base dans la loi, l'absent, ainsi qu'il a déjà été démontré, n'étant présumé ni mort, ni vivant (2).

(1) Aubry et Rau, I, § 152, p. 917; Demolombe, II, n. 71; Marcadé, I, art. 123-1, n. 367; Demante, I, n. 156 *bis*, II. — Angers, 28 août 1828, S., 28. 2. 329, D., 29. 2. 7.

(2) Laurent, II, n. 223 s.; Planiol, III, n. 2463. — Cf. *supra*, n. 1061.

**1102.** En organisant l'envoi en possession provisoire, le législateur s'est certainement préoccupé à la fois des intérêts de l'absent et de ceux des personnes qui ont des droits subordonnés à son décès. Mais c'est une question délicate, et pourtant d'une grande importance, que celle de savoir lequel de ces deux intérêts prédomine aux yeux de la loi.

M. Demolombe (1) estime que « l'intérêt des tiers est la cause directe et principale qui détermine la mesure de l'envoi en possession ». Nous croyons bien plutôt que c'est l'intérêt de l'absent. C'est ainsi d'abord que l'entendait Bigot-Préameneu (2), d'après qui l'envoi n'était « qu'un acte de conservation fondé sur une nécessité constante, et pour l'absent lui-même, un acte de protection qui garantit son patrimoine d'une perte inévitable ». Et Tronchet (3) ne le comprenait pas autrement, lorsqu'il disait qu' « il est utile à l'absent que le séquestre de ses biens soit déféré à ceux qui ont le plus d'intérêt à les conserver : c'est pourquoi, après un certain temps, on accorde l'envoi en possession à ses héritiers ». Où donc apparaît, dans ces explications, le souci de l'intérêt de ces derniers, et n'est-ce pas de celui de l'absent que l'on se préoccupe avant tout? Si, de plus, la loi qualifie de dépôt l'envoi en possession provisoire (art. 125), c'est apparemment parce que, de même que le dépôt a lieu pour l'avantage du déposant et non du dépositaire, de même l'administration provisoire est organisée dans l'intérêt de l'absent, bien plutôt que dans celui des envoyés, qu'on considère seulement comme les meilleurs administrateurs de ses biens. C'est cette qualité d'administrateurs qui seule, d'ailleurs, leur appartient : or l'administration est en elle-même beaucoup plus une charge qu'un avantage pour ceux auxquels elle est confiée. Si elle leur est ici réellement profitable, c'est que leur intérêt, associé à celui de l'absent, assure la bonne gestion des biens sur lesquels ils ont des droits subordonnés à son décès. Mais cette circonstance que les administrateurs ont des droits éventuels sur les biens qu'ils gèrent n'empêche

(1) II, n. 73.
(2) *Exp. des mot.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 135, n. 18, et p. 137, n. 20.
(3) *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 41, n. 18.

pas que l'intérêt du propriétaire actuel ne soit le premier en jeu, et que le leur ne vienne qu'après.

Il est vrai que la loi accorde aux envoyés en possession la part la plus considérable des fruits produits par les biens de l'absent (art. 127), ce qui constitue une rémunération hors de toute proportion avec le salaire dû à un administrateur. Mais elle a voulu par là les décider à se charger de l'administration de ce patrimoine, et c'est dans l'intérêt même de l'absent qu'elle s'est montrée généreuse à ses dépens. Cette intention a été nettement exprimée par Portalis (1) : « Toute » la faveur, a-t-il dit, doit être pour l'absent; ses héritiers » n'en peuvent avoir que dans la considération de son inté» rêt..... Comme on mène les hommes par leur intérêt, il » convient de donner aux héritiers de l'absent quelques avan» tages qui les déterminent à se rendre administrateurs de » ses biens. » L'important, après tout, n'est-il pas que l'absent, s'il reparaît, retrouve son capital intact? Or il le retrouvera même sensiblement augmenté, s'il reparaît assez tôt.

Enfin, ce qui prouve de plus en plus que l'intérêt de l'absent prédomine dans toute cette période et que l'envoi en possession n'a pas pour but principal, comme on le soutient, d'autoriser l'exercice immédiat des droits subordonnés à son décès, c'est qu'il dépend parfois du conjoint de l'absent de mettre obstacle à cet exercice (art. 124). Et pourquoi, si ce n'est parce qu'il concentre ainsi entre ses mains l'administration de tous les biens délaissés, pour le plus grand profit de leur propriétaire? C'est donc que l'intérêt de celui-ci passe avant celui de tous ses ayants droit. Aussi, pour clore cette discussion par une dernière citation, Thibaudeau (2) pouvait-il dire au Conseil d'Etat avec une parfaite justesse : « les héritiers n'ont aucun droit personnel; ils ne jouissent encore que pour l'absent; ils entrent provisoirement dans ses droits; ils sont tenus de ses obligations » (3).

(1) Locré, *Lég.*, IV, p. 68, n. 27.
(2) Locré, *Lég.*, IV, p. 72, n. 31.
(3) Cpr. Laurent, II, n. 120, 126, 127, 152; Huc, I, n. 409; Planiol, III, n. 2463.

**N° 2. A quelle époque et comment l'envoi en possession provisoire peut être demandé.**

**1103.** L'envoi en possession peut être prononcé aussitôt que l'absence est déclarée (art. 120 et 121). Ces deux textes sont rédigés d'une façon défectueuse, car ils portent encore trace du système, adopté par le projet et qui a été ensuite abandonné, d'après lequel l'existence d'une procuration devait retarder seulement l'envoi en possession, et non la déclaration d'absence; mais leur interprétation n'est pas douteuse.

L'envoi doit être demandé, dans les mêmes formes que la déclaration d'absence (art. 860 C. pr.), au tribunal compétent pour prononcer celle-ci. D'ailleurs, en pratique, et quoique l'art. 120 semble exiger deux jugements distincts, il est d'usage, pour diminuer les frais, de demander à la fois la déclaration d'absence et l'envoi en possession, et il est statué sur le tout par un seul et même jugement. Ce mode de procéder n'est pas défendu par l'art. 120, qui veut simplement montrer que l'envoi doit être précédé de la déclaration d'absence, et il paraît même être dans le vœu de la loi, puisque le Code de procédure civile (art. 860) ne règle que les formes de cet envoi (1).

**1104.** Du reste, s'il existait un intervalle entre le jugement déclaratif d'absence et la demande d'envoi, il semble que le tribunal serait autorisé à ordonner une nouvelle enquête pour rechercher si l'absent n'a pas, depuis le jugement définitif, donné de ses nouvelles. Il doit dépendre du juge, en effet, de vérifier, selon le mode qui lui paraît le mieux approprié, si les conditions auxquelles est subordonné l'envoi sont remplies, quelques lenteurs et quelques frais qu'entraîne la mesure d'instruction à laquelle il croit devoir recourir (2).

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, art. 120, n. 7; Aubry et Rau, I, § 152, p. 918 et 919, n. 6; Demolombe, II, n. 79; Toullier, I, n. 426; Duranton, I, n. 441; Valette sur Proudhon, I, p. 285, note *a*; Demante, I, n. 156 *bis*, I; Huc, I, n. 417; Planiol, III, n. 2469; Fuzier-Herman, art. 120, n. 18 et 19; de Moly, n. 242; Plasman, I, p. 175; Talandier, p. 140; Biret, p. 122. — Req. rej., 17 nov. 1808, S., 9. 1. 104, D., *Rép.*, v° *Absence*, n. 158. — Trib. Grenoble, 23 déc. 1876, *Journ. des avoués*, 1877, CII, p. 402. — *Contra* : Locré, *Esprit du C. Nap.*, I, art. 120, p. 618.

(2) Demolombe, II, n. 81; Duranton, I, n. 444.

Il nous paraît aussi, dans la même hypothèse, que les biens délaissés devraient continuer à être régis jusqu'à l'envoi comme avant la déclaration d'absence, et qu'il n'y aurait pas lieu d'appliquer les règles des successions vacantes (1).

N° 3. **Des personnes qui peuvent demander l'envoi en possession.**

**1105.** « *Dans les cas où l'absent n'aurait point laissé de* » *procuration pour l'administration de ses biens, ses héritiers* » *présomptifs, au jour de sa disparition ou de ses dernières* » *nouvelles, pourront, en vertu du jugement définitif qui aura* » *déclaré l'absence, se faire envoyer en possession provisoire* » *des biens qui appartenaient à l'absent au jour de son départ* » *ou de ses dernières nouvelles, à la charge de donner cau-* » *tion pour la sûreté de leur administration.* » (Art. **120**). — » *Lorsque les héritiers présomptifs auront obtenu l'envoi en* » *possession provisoire, le testament, s'il en existe un, sera* » *ouvert à la réquisition des parties intéressées, ou du procu-* » *reur du Roi près le tribunal; et les légataires, les donataires,* » *ainsi que tous ceux qui avaient sur les biens de l'absent des* » *droits subordonnés à la condition de son décès, pourront les* » *exercer provisoirement, à la charge de donner caution.* » (Art. **123**).

D'après ces dispositions, dont la seconde contient le principe général, l'envoi en possession provisoire peut être demandé par tous ceux qui ont des droits subordonnés au décès de l'absent, en se reportant, suivant une règle déjà posée, pour déterminer quels ils sont, au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles.

**1106.** Il peut donc être obtenu :

1° Par les héritiers présomptifs de l'absent à ce jour, et non au jour où cet envoi est demandé. En d'autres termes, pour y avoir droit, il est nécesssaire, mais suffisant d'avoir la qualité d'héritier présomptif au jour de la disparition ou de l'émission (2) des dernières nouvelles : il n'est pas exigé en

(1) Demolombe, II, n. 80. — Civ. cass., 18 mars 1829, S., 29. 1. 210, D., 29. 1. 187.

(2) Aubry et Rau, I, § 152, p. 917, n. 2; Demolombe, II, n. 77, 83 et 84; Huc, I, n. 412 et 418. — Cpr. Req. rej., 24 nov. 1811, S., 12. 1. 83, D., *Rép.*, v° *Absence*, n. 221. — Cf. Fuzier-Herman, art. 120, n. 2.

outre qu'on l'ait encore au jour de la demande. — Ainsi les personnes conçues postérieurement à la première époque ne sauraient l'obtenir de leur propre chef (arg. art. 725), et les enfants nés de la femme de l'absent plus de 300 jours après cette même époque pourraient en être écartés (arg. art. 315) (1). Et, à l'inverse, cet envoi peut être obtenu, au nom de l'héritier présomptif décédé lors de la demande, mais vivant ou du moins conçu lors de la disparition ou des dernières nouvelles, par ses propres héritiers et successeurs, bien qu'ils n'aient aucun titre personnel pour être appelés à l'hérédité de l'absent (2). Le droit à l'envoi s'est irrévocablement fixé, en vertu de la loi même, sur la tête de cet héritier présomptif, sans qu'on ait à tenir compte des changements qui ont pu se produire en sa personne entre le jour où l'absent a donné le dernier signe de vie et le jour de la demande d'envoi.

Du reste, sous le nom d'héritiers la loi comprend ici, non seulement les héritiers légitimes de l'absent, mais aussi ses successeurs irréguliers. L'art. 140 est formel en ce qui concerne le conjoint, et il n'est pas douteux que les autres successeurs irréguliers, l'Etat compris, n'aient aussi le droit de demander, le cas échéant, l'envoi en possession provisoire (3).

**1107.** Enfin, à défaut, par les héritiers présomptifs, de demander l'envoi, il pourrait être réclamé, quels que fussent les motifs de leur inaction, par les héritiers plus éloignés. D'une part, en effet, il est dans le vœu de la loi que cet envoi soit accordé, dans l'intérêt même de l'absent, et, d'autre part, rien n'empêche, ainsi qu'on le verra ultérieurement, ceux qui

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 918, n. 5; Toullier, I, n. 422; Duranton, I, n. 439; Demante, I, n. 163 *bis*, II, et n. 163 *bis*, II; Laurent, II, n. 162; Huc, I, n. 418; Fuzier-Herman, art. 120, n. 4 s. — Civ. rej., 3 déc. 1834, S., 35. 1. 230, D., 35. 1. 153. — Caen, 21 août 1863, S., 64. 2. 15, D., *Rép. Suppl.*, v° *Absence*, n. 19.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, art. 120, n. 2; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 918, n. 4; Demolombe, II, n. 78 et 83; Toullier, IV, n. 73; Proudhon, I, p. 282; Duranton, I, n. 439; Demante, I, n. 156 *bis*, II; Laurent, II, n. 163 et 185; Huc, *loc. cit.*; Planiol, III, n. 2468; Fuzier-Herman, art. 120, n. 14 s.; Talandier, p. 178. — Rouen, 7 déc. 1840, S., 41. 2. 209, D., *Rép.*, v° *Absence*, n. 270.

(3) Aubry et Rau, I, § 152, p. 917, n. 1, et p. 918, n. 3 *bis*; Demolombe, II, n. 71; Demante, *loc. cit.*, et n. 183 et 183 *bis*; Laurent, II, n. 158, 163 et 200; Huc, I, n. 412 et 418. — Nancy, 31 janv. 1833, S., 34. 2. 603, D., 34. 2. 172. — Colmar, 18 janv. 1850, S., 51. 2. 533, D., 51. 2. 161.

ont d'abord négligé d'exercer leur droit, de le faire valoir plus tard, à l'encontre de ceux qui se sont fait envoyer en possession à leur préjudice [1].

**1108.** 2° Par les légataires, ou par leurs héritiers s'ils sont morts depuis la disparition ou les dernières nouvelles de l'absent. Ces héritiers sont en effet exactement dans la même situation que ceux des héritiers présomptifs décédés avant l'envoi [2].

Pour connaître les légataires de l'absent, il sera procédé, s'il y a lieu, à l'ouverture de son testament, à la réquisition des intéressés ou du procureur de la République (art. **123**) [3].

3° Par les donataires de biens à venir (art. **1082** s.), ou par leurs héritiers s'ils étaient décédés depuis la disparition ou les dernières nouvelles. C'est en ce sens restrictif que doit être évidemment entendu l'art. **123**, car les donataires de biens présents ont un droit indépendant du décès du donateur (art. **894**) [4].

4° Par toutes autres personnes ayant sur les biens de l'absent des droits subordonnés à son décès, notamment : le nu propriétaire d'un bien dont l'absent est usufruitier ; le donateur qui a donné un bien à l'absent avec stipulation du droit de retour ; l'appelé à une substitution dont l'absent est grevé [5].

**1109.** Normalement les héritiers présomptifs de l'absent doivent obtenir d'abord l'envoi en possession de tous les biens composant son patrimoine, et délivrer ensuite, sur leur demande, aux autres intéressés les biens sur lesquels ils ont des droits subordonnés au décès de l'absent. C'est cette marche qui est indiquée par l'art. **123**, et elle est éminemment

(1) Aubry et Rau, I, § 151, p. 915, n. 8, et § 152, p. 918, n. 3 *bis* ; Demolombe, II, n. 77 ; Laurent, II, n. 162 ; Huc, *loc. cit.* ; Plasman, I, p. 127. — Bourges, 2 mars 1831, D., *Rép.*, v° *Absence*, n. 215. — Trib. Seine, 13 mars 1845, D., 45. 4. 1.

(2) Demolombe, II, n. 83 ; Demante, I, n. 157 *bis*, VII ; Laurent, II, n. 158 et 161 ; Huc, *loc. cit.* ; Planiol, III, n. 2468.

(3) Aubry et Rau, I, § 152, p. 920, n. 11 ; Demolombe, II, n. 60 ; Planiol, III, n. 2467 ; Surville, I, n. 535. — Cpr. Beudant, I, p. 276, note 2.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Demante, I, n. 157 *bis*, III et VII ; Laurent, II, n. 158 ; Huc, *loc. cit.* ; Planiol, I, n. 627.

(5) Aubry et Rau, *loc. cit.*, n. 12 ; Laurent, II, n. 158 ; Demante et Huc, *loc. cit.* ; Beudant, I, n. 187 ; Planiol, *loc. cit.* ; Fuzier-Herman, art. 120, n. 8.

rationnelle, puisque les héritiers, étant appelés à l'universalité des biens, sont les contradicteurs naturels de tous ceux dont la prétention tend à distraire quelque chose de cette universalité (1).

Mais il est possible que ces héritiers, par négligence ou par mauvaise volonté, peut-être parce qu'ils savent que le testament de l'absent ne leur laisse rien ou à peu près, ne demandent pas l'envoi en possession : leur inaction va-t-elle tenir en échec le droit des autres intéressés ? La négative est très généralement admise en doctrine, et elle est consacrée par la jurisprudence (2). En effet les termes de l'art. 123 ne sont nullement restrictifs : ce texte, statuant sur le cas le plus ordinaire, porte simplement que, lorsque les héritiers présomptifs ont obtenu l'envoi en possession, les autres intéressés doivent s'adresser à eux pour obtenir l'exercice de leurs droits ; mais il ne fait pas de cet envoi préalable une condition nécessaire de l'exercice de ces derniers. Effectivement les principes ne permettent pas que le droit d'une personne puisse être paralysé par le mauvais vouloir ou la négligence d'autrui. C'est d'ailleurs la déclaration d'absence qui donne provisoirement ouverture à tous les droits subordonnés au décès de l'absent : l'envoi en possession n'est que le moyen d'en assurer la réalisation. Il ne saurait donc dépendre des héritiers d'enlever ce moyen à tous les autres intéressés, d'autant que c'est bien moins dans leur intérêt propre que dans celui de l'absent que la loi les appelle à l'administration des biens sur lesquels ils ont des droits subordonnés au décès de celui ci. Comprendrait-on enfin que ces personnes, qui, d'après l'opinion commune, peuvent demander la déclaration

(1) Aubry et Rau, I, § 152, p. 920, n. 13 ; Demolombe, II, n. 74 ; Demante, I, n. 150 *bis*, II, et n. 157 *bis*, I ; Laurent, II, n. 165. — Bordeaux, 21 août 1813, S., 14. 2. 311, D., *Rép.*, v° *Absence*, n. 245.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, art. 123 ; Aubry et Rau, *loc. cit.*, n. 14, et § 151, p. 915 et 916, n. 9 ; Demolombe, II, n. 60 et 75 ; Duranton, I, n. 420 ; Toullier, I, n. 435 ; Valette sur Proudhon, I, p. 298, note *a* ; Delvincourt, I, p. 50, note 15 ; Demante, I, n. 150 *bis*, II, et n. 157 *bis*, I et II ; Laurent, II, n. 165 ; Huc, I, n. 420 ; Planiol, III, n. 2467 ; Fuzier-Herman, art. 120, n. 9 et 10, et art. 123, n. 1 ; de Moly, n. 356 s. ; Plasman, I, p. 124 s. ; Talandier, p. 191 s. — Orléans, 25 juin 1835, S., 35. 2. 355, D., 35. 2. 129. — Cpr. Marcadé, I, art. 123-II et III, n. 368 et 369. — Bordeaux, 21 uin 1838, S., 38. 2. 413, D., 39. 2. 12.

d'absence sans la participation des héritiers, eussent besoin de celle-ci pour obtenir l'envoi qui est le fruit de cette déclaration? Au surplus, cette solution a été explicitement consacrée, pour l'absence des militaires, par l'art. 11 de la loi du 13 janvier 1817.

A défaut donc, par les héritiers présomptifs, de demander l'envoi, les autres intéressés peuvent les mettre, par une sommation, en demeure d'avoir à le faire, faute de quoi ils les actionnent pour se faire autoriser à l'exercice de leurs droits et obtenir préalablement, s'il y a lieu, l'ouverture du testament de l'absent, et aussi la nomination d'un curateur chargé de répondre à leur demande en délivrance (1). Toutefois on décide d'ordinaire qu'une mise en demeure préalable des héritiers n'est plus nécessaire lorsqu'il s'agit d'un légataire universel saisi aux termes de l'art. 1006, car il est lui-même dans la situation d'un héritier légitime : il peut donc demander directement l'envoi en possession à son profit (2).

Enfin, d'après M. Huc (3), cette interpellation ne serait même jamais imposée par la loi, et dans le silence de celle-ci l'action des intéressés pourrait être intentée *de plano,* sauf au ministère public à s'enquérir des motifs pour lesquels les héritiers négligent ou refusent d'agir. Mais cette opinion nous paraît difficilement admissible : car, s'il est permis de s'écarter du mode de procéder qui est très nettement indiqué par l'art. 123, encore faut-il justifier au préalable des motifs pour lesquels on est dans l'obligation de s'en écarter : sans quoi l'action est irrecevable.

**1110.** Il reste une question des plus délicates à résoudre. L'envoi en possession provisoire peut-il être demandé, au nom de leur débiteur et en cas d'inaction de celui-ci, par les créanciers d'une personne qui y a droit? Nous sommes très portés à le croire, par application de l'art. 1166, qui leur permet d'exercer tous les droits de leur débiteur qui ne sont pas exclusivement attachés à sa personne. Or il ne semble pas que la faculté de réclamer l'envoi en possession soit réelle-

(1) Cf. les autorités citées à la note précédente.
(2) Demante, I, n. 157 *bis,* II.
(3) I, n. 421.

ment attachée à la personne de celui à qui elle appartient. Et en effet, quel que soit le but de cet envoi, il faut remarquer qu'il consiste dans l'exercice provisoire des divers droits portant sur le patrimoine de l'absent et subordonnés à son décès. Mais ces droits ne changent pas de caractère par cela seul que leur exercice est anticipé : leur nature reste la même, qu'ils s'ouvrent provisoirement, à raison de l'incertitude qui plane sur l'existence de l'absent, ou définitivement, par la mort de celui-ci. Et comme le droit de l'héritier, le droit du légataire, celui du donataire de biens à venir et tous les autres dont il s'agit sont, à n'en pas douter, lorsqu'ils s'ouvrent normalement, des droits qui peuvent être exercés par les créanciers de leur titulaire, il en doit être de même de la faculté de demander l'envoi en possession. Ne passe-t elle pas d'ailleurs toujours aux héritiers de ceux auxquels elle appartient? Dès lors, comment la considérer comme exclusivement attachée à la personne?

Il est vrai que cet envoi a aussi pour résultat de constituer ceux qui l'obtiennent administrateurs des biens de l'absent, et que, dans l'impossibilité où seront es créanciers de remplir personnellement cet office, celui-ci devra être confié à un curateur, dont la loi voulait précisément éviter la nomination dans cette seconde période. Mais qu'importe, puisque, par hypothèse, en présence de l'inaction des intéressés, ces biens continueraient à être administrés comme ils l'étaient dans la première, c'est-à-dire très souvent par un curateur? C'est du moins ce qui arriverait si les créanciers des héritiers présomptifs ne pouvaient vaincre cette inaction et se substituer à eux : il y a donc tout lieu de leur permettre d'agir à leur place, ainsi, d'une façon plus générale, qu'aux créanciers de tous les autres interessés (1).

Pourtant, d'après M. Huc (2), une distinction devrait être

(1) Demolombe, II, n. 78; Duranton, I, n. 439; Demante, I, n. 156 *bis*, III. — Colmar, 26 juin 1823, S., 37. 2. 481, D., *Rép*, v° *Absence*, n. 177. — *Contra* : Toullier, I, n. 399; Demante, *Encycl. du droit*, v° *Absence*, p 53, note 2; Laurent, II, n. 187. — Colmar, 30 août 1837, S., 37. 2. 481, D., 38. 2. 30. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 115, n. 6, et art. 120, n. 13; Talandier, p. 186.

(2) I, n. 413.

faite : l'envoi en possession ne pourrait être demandé, du chef de leur débiteur, par les créanciers des héritiers présomptifs, mais il pourrait l'être au contraire, par les créanciers de toutes autres personnes ayant des droits subordonnés au décès de l'absent. En effet, dit cet auteur, de la part des héritiers la demande d'envoi en possession « tend uniquement à l'organisation générale d'un système d'administration des biens de l'absent », de telle sorte que celui qui la formule accepte de se charger de cette administration : or une « telle faculté n'a jamais fait partie du droit de gage » des créanciers. Mais il devrait en être différemment des créanciers de toutes autres personnes, lesquelles « n'offrent pas, comme les héritiers présomptifs, de se charger de l'administration des biens de l'absent, mais veulent seulement réaliser tout de suite, sous certaines conditions, ce qui leur appartiendrait s'il était certain que l'absent fût mort ». — Cette distinction nous paraît dépourvue de fondement et ne reposer que sur une affirmation inexacte. Qu'il s'agisse d'héritiers, de légataires, ou de donataires, la situation est absolument la même : l'envoi en possession leur confère à tous l'administration des biens sur lesquels porte leur droit et ne leur confère que cela, sans qu'il soit permis de dire des uns plutôt que des autres qu'ils cherchent à « réaliser » celui-ci. La position de leurs créanciers doit donc être identique.

### N° 4. Des biens auxquels s'applique l'envoi en possession provisoire

**1111.** Cet envoi s'applique à tous les biens et seulement aux biens qui appartenaient à l'absent lors de sa disparition ou de ses dernières nouvelles (art. 120). Il comprend donc tous les droits, réels ou de créance, de quelque modalité qu'ils soient affectés, et toutes les actions qui lui appartenaient alors, et il permet aux envoyés de continuer la possession qu'il avait commencée (1).

Mais il ne comprend pas, au contraire, les droits éventuels qui ont pu compéter à l'absent depuis sa disparition ou ses

(1) Demolombe, II, n. 85 ; Duranton, I, n. 448 ; Demante, I, n. 156 *bis*, IV ; Laurent, II, n. 167 ; Huc, I, n. 419.

dernières nouvelles (art. 135), lors même que les personnes avec lesquelles il eût dû concourir, si son existence eût été certaine, ou qui eussent été appelées à son défaut ne se prévaudraient pas de l'incertitude de celle-ci et l'admettraient à recueillir le bénéfice de ces droits. Les biens ainsi acquis à l'absent devraient donc nécessairement être administrés conformément à l'art. 112. Mais il y aura lieu de rechercher ultérieurement si cette acquisition est pour l'absent définitive, et s'il ne peut plus être dépouillé des biens qui en sont l'objet par ceux à qui la loi les avait attribués à son exclusion (1).

**1112.** Quant aux fruits des biens possédés par l'absent avant qu'il n'eût donné le dernier signe de vie et qui ont été perçus depuis son départ jusqu'à l'envoi en possession, ils sont également compris dans celui-ci (arg. art. 126); mais à qui doivent-ils être attribués? Cette question est résolue en doctrine de façons très différentes.

Dans une première opinion (2), que nous partageons, ils doivent, en leur qualité d'accessoires, suivre le sort de la chose qui les a produits. Cette décision paraît logiquement dériver de la règle d'après laquelle les droits des envoyés sont appréciés au jour de la disparition ou des dernières nouvelles : aux biens compris dans l'envoi qui lui est accordé chacun d'eux doit joindre les fruits qu'ils ont produits depuis cette époque et qui les ont en quelque sorte augmentés. Objectera-t-on qu'ils ont bien plutôt accru le patrimoine de l'absent, et qu'à ce titre ils doivent revenir aux seuls envoyés appelés à recueillir au moins une fraction de ce patrimoine, à l'exclusion des personnes qui n'invoquent que des droits particuliers? Mais ces fruits, qu'on l'observe bien, n'étaient pas compris dans le patrimoine de l'absent tel qu'il se comportait au jour où il a donné le dernier signe de vie, et conséquemment ils ne devraient pas l'être non plus dans l'envoi en possession. S'ils le sont pourtant, ce ne peut être que parce qu'ils sont envisagés comme des accessoires de la chose qui

(1) Aubry et Rau, I, § 152, p. 918, n. 3; Demante, I, n. 147 *bis*, I, et n. 156 *bis*, IV; Laurent, II, n. 166; Huc, *loc. cit.* — Cf. *infra*, n. 1264.

(2) Demolombe, II, n. 86; Laurent, II, n. 167; Huc, *loc. cit.* — Cpr. Planiol III, n. 2490.

les a produits. Or, à cet égard, la situation de tous les envoyés est la même.

On doit donc, dans cette opinion, attribuer les fruits du bien dont l'absent était usufruitier au nu propriétaire, ceux de la chose donnée sous condition de retour au donateur, ceux de la chose léguée à titre particulier au légataire. Il est vrai que ce dernier n'a droit normalement à ces fruits que du jour de la demande en délivrance ou de la délivrance elle-même volontairement consentie (art. 1014). Mais cette disposition, écrite pour le cas où le droit au legs s'ouvre régulièrement par le décès du testateur, nous paraît d'autant plus inapplicable ici qu'il ne dépend pas du légataire de former sa demande dès que son intérêt l'y engage.

Selon d'autres interprètes (1), tous les fruits devraient être compris dans l'envoi en possession accordé aux héritiers présomptifs : ils appliquent, « comme au cas de l'art. 138, le principe d'acquisition par l'effet de la possession de bonne foi ». Les fruits seraient donc considérés comme étant restés « dans la masse des biens de l'absent ». Mais nous avons déjà critiqué cette conception.

Quant à l'opinion de MM. Aubry et Rau (2), qui ne semblent pas avoir isolé la question d'autres difficultés similaires, elle paraît se rapprocher beaucoup de la précédente, si même elle ne se confond pas avec elle. D'après eux, notamment, les héritiers envoyés en possession doivent restituer aux légataires de l'absent les fruits des objets légués d'après les règles établies en matière de legs.

Enfin on a distingué (3), sans raison valable, à notre avis, entre le nu propriétaire du bien grevé d'usufruit, lequel serait envoyé en possession des fruits produits par celui-ci, et les autres personnes ayant des droits subordonnés au décès de l'absent : ses successeurs universels recevraient, à l'exclusion de ces dernières, les fruits produits par les biens sur lesquels porte leur droit.

Il doit être d'ailleurs bien entendu que les fruits produits

(1) Demante, I, n. 157 *bis*, VII.
(2) I, § 153, p. 931, n. 33.
(3) Delvincourt, I, p. 50, note 16, et p. 52, note 10.

jusqu'au jour de l'envoi sont attribués aux divers intéressés comme capital, par conséquent sauf restitution à l'absent, s'il reparaît. Aussi l'art. 126 ordonne-t-il qu'il en soit fait emploi (1).

### N° 5. Des garanties de restitution établies par la loi au profit de l'absent.

**1113.** En vue de l'éventualité du retour de l'absent, qui aura pour résultat, si elle se réalise, d'obliger les envoyés en possession provisoire à la restitution de ses biens, la loi a organisé à son profit certaines garanties. Des art. 120, 123 et 126 il ressort que les envoyés doivent fournir caution, faire inventaire, vendre, s'il y a lieu, le mobilier, et faire emploi du prix et des fruits échus. Ces garanties doivent être étudiées successivement.

**1114.** 1° *Caution.* — Les envoyés en possession provisoire doivent fournir caution (art. 120 et 123). Cette règle s'applique même aux descendants de l'absent (2), et ne souffre exception qu'en ce qui concerne l'Etat : *fiscus semper solvendo censetur.*

Cette caution est une caution légale, qui, comme telle, doit satisfaire aux conditions exigées par les art. 2018 et 2019 (art. 2040). Elle est reçue par le tribunal, sur les conclusions du procureur de la République (cf. art. 517 s. C. pr.), et sans que les tiers, débiteurs de l'absent, soient ensuite admis à prétexter de son insuffisance pour se refuser à payer leur dette entre les mains des envoyés (3).

Cette réception peut d'ailleurs n'intervenir qu'après le jugement ordonnant l'envoi, pourvu que ce soit avant l'entrée en possession des envoyés. En effet les art. 120 et 123 ne subordonnent pas la recevabilité de la demande à la condition qu'une caution ait été préalablement fournie, et le juge ne

(1) Demolombe, II, n 87.

(2) Aubry et Rau, I, § 152, p. 919, n. 7; Demolombe, II, n. 91; Laurent, II, n. 170; Fuzier-Herman, art. 120. n. 24. — Agen, 16 avril 1822, S., 23. 2. 65, D., *Rép.*, v° *Absence*, n. 269. — Cf. Mourlon, *Rev. prat.*, 1856, I, p. 152.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*; Demolombe, II, n. 92; Huc, I, n. 431; Fuzier-Herman, art. 120, n. 28. — Douai, 5 mai 1836, S., 36. 2. 428, D., 36. 2. 148. — Limoges, 27 déc. 1847, S., 48. 2. 528, D., 48. 2. 100.

peut même le plus souvent statuer sur la réception de celle-ci qu'après que les envoyés ont établi la consistance des biens de l'absent (1).

A défaut de caution, les envoyés sont admis à fournir des sûretés équivalentes, par exemple un gage en nantissement suffisant (art. 2041) ou une hypothèque (2).

**1115.** Que si enfin les envoyés ne pouvaient, ni trouver de caution, ni offrir de sûretés équivalentes, on admet très généralement, par voie d'analogie, l'application des mesures prescrites par les art. 602 et 603 en matière d'usufruit. Qu'importe, dit on, le moyen par lequel les droits de l'absent soient garantis, pourvu qu'ils le soient efficacement, et comment priver, en l'espèce, les envoyés de la possession des biens qui doivent leur appartenir un jour, si même ils ne leur appartiennent déjà (3) ?

Cette solution et le dernier argument donné à son appui supposent que l'envoi en possession provisoire a été établi dans l'intérêt des envoyés plutôt que dans celui de l'absent. Si l'on admet avec nous, au contraire, qu'il a été principalement organisé dans l'intérêt de ce dernier, il faut dire que les dispositions précitées ne sont pas applicables, et décider que le jugement d'envoi reste sans effet en ce qui concerne les intéressés qui ne remplissent pas la condition véritable à laquelle est soumise leur entrée en possession. Il y a d'autant plus lieu de s'en tenir à cette opinion, quelque sévère qu'elle paraisse, que la jouissance des envoyés, dans les limites de l'art. 127, n'est qu'une rémunération de la charge qu'ils assument de la gestion des biens de l'absent, charge à laquelle ils échapperaient si l'on procédait ici conformément aux

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 919, n. 7 ; Demante, I, n. 156 *bis*, VI ; Huc, I, n. 431. — Cpr. Demolombe, II, n. 91 ; Fuzier-Herman, art. 120, n. 25 et 27. — Bourges, 26 avril 1843, S., 44. 2. 23, D , 44. 4. 1. — Douai, 13 janv. 1865, S., 66. 2. 61.

(2) Aubry et Rau, I, § 152, p. 919, n. 8 ; Demolombe, II, n. 93 ; Duranton, I, n. 473 ; Laurent, II, n. 171 ; Huc, *loc. cit.* ; Planiol, III, n. 2470. — Cpr. Bertin, *Chambre du Conseil*, I, n. 368.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, n. 9 ; Demolombe, II, n. 93 ; Delvincourt, I, p. 50, note 5 ; Demante, I, n. 156 *bis*, VII ; Planiol, *loc. cit.* ; Fuzier-Herman, art. 120, n. 26.

art. 602 et 603 (1). L'envoi devrait donc être accordé aux personnes qui sont appelées à leur défaut, si du moins elles offraient les garanties nécessaires, et, à défaut de toute personne les offrant, à l'Etat, s'il le demandait. Enfin, faute par lui de le faire, il y aurait lieu à la continuation des mesures prescrites pendant la période de la présomption d'absence.

**1116.** 2° *Inventaire.* — « *Ceux qui auront obtenu l'envoi* » *provisoire, ou l'époux qui aura opté pour la continuation de* » *la communauté, devront faire procéder à l'inventaire du* » *mobilier et des titres de l'absent, en présence du procureur* » *du Roi près le tribunal de première instance, ou d'un juge* » *de paix requis par ledit procureur du Roi.* » (Art. 126, al. 1).

Si les envoyés ne faisaient pas procéder à la confection de cet inventaire qui est une garantie exigée par la loi de tous les administrateurs du bien d'autrui, la consistance du mobilier non inventorié pourrait, semble-t-il, être établie par tous les modes de preuve, même par commune renommée (arg. art. 1415 et 1442) (2).

**1117.** 3° *Vente du mobilier.* — « *Le tribunal ordonnera,* » *s'il y a lieu, de vendre tout ou partie du mobilier.* » (Art. 126, al. 2). De cette disposition même il ressort que le juge a la plus grande latitude : 1° quant à la détermination des meubles, corporels ou incorporels, qui doivent être vendus et de ceux qui doivent être conservés. Ordinairement il ordonnera la vente des meubles périssables, c'est-à-dire de ceux qui sont exposés à perdre de leur valeur par l'effet du temps, l'absent ayant intérêt à les voir convertir en un capital dont il peut être fait un emploi sûr et rémunérateur, tandis que souvent les meubles incorporels constitueront précisément par eux-mêmes des placements assurés (3); — 2° quant à la fixation des conditions dans lesquelles doit s'opérer la vente, notamment au point de vue de ses formes (vente à l'amiable

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, art. 120, n. 5; Laurent, II, n. 171 ; Huc, I, n. 431 ; Plasman, I, p. 194 s. ; Mourlon, *Rev. prat.*, 1856, I, p. 132.

(2) Aubry et Rau, I, § 153, p. 922, n. 3.

(3) Demolombe, II, n. 95; Laurent, II, n. 177. — Cpr. Demante, I, n. 160 *bis*, I.

ou vente aux enchères publiques) et du délai dans lequel elle doit avoir lieu (1).

S'il n'intervenait pas, à cet égard, de décision de justice, les envoyés seraient responsables envers qui de droit de leur gestion du mobilier, abstraction faite de la question de savoir s'ils sont ou non autorisés à l'aliéner (2).

**1118.** 4° *Emploi du prix provenant de la vente du mobilier et des fruits échus.* — « *Dans le cas de vente, il sera fait em-* » *ploi du prix, ainsi que des fruits échus.* » (Art. 126, al. 2). La loi gardant le silence en ce qui concerne le mode d'emploi des deniers et le délai dans lequel cet emploi doit être fait, on peut en conclure qu'il appartiendrait au tribunal de régler ces différents points. En tout cas, faute par lui de le faire, le placement doit être effectué par les envoyés sous leur responsabilité, et sans qu'ils soient astreints à se conformer aux prescriptions particulières des art. 455 et 456, 1065-1067 (3). Leur responsabilité doit donc s'apprécier comme celle de tout autre mandataire. A ce titre ils peuvent être rendus responsables, suivant les circonstances, du défaut ou de l'insécurité du placement (art. 1991 et 1992), sans qu'il soit permis de dire, comme on l'a fait, qu'ils doivent les intérêts de plein droit du jour où l'emploi a pu être effectué. Ainsi encore ils doivent l'intérêt des sommes employées à leur propre usage, à dater de cet emploi (art. 1996).

Ces règles sont, du reste, applicables à tous les placements qui doivent être faits par les envoyés pendant l'envoi provisoire, tels que ceux des deniers comptants qu'ils trouvent lors de leur entrée en possession et des sommes provenant du recouvrement des créances (4).

**1119.** Aux termes de l'art. 126, al. final : « *Ceux qui au-* » *ront obtenu l'envoi provisoire, pourront requérir, pour leur*

(1) Demolombe, II, n. 96 ; Duranton, I, n. 478 ; Demante, I, n. 160 *bis*, II ; Huc, I, n. 432 ; Planiol, III, n. 2472. — *Contra :* Delvincourt, I, p. 52, note 2.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, n. 5.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 923, n. 6 ; Demolombe, II, n. 97 ; Demante, I, n. 160 *bis*, III ; Laurent, II, n. 180 ; Huc, I, n. 433 ; Planiol, III, n. 2473 ; Fuzier-Herman, art. 126, n. 8 ; Talandier, p. 203. — Cpr. Toullier, I, n. 428.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 923, n. 5 *bis ;* Demante, I, n. 160 *bis*, III ; Planiol, III, n. 2486. — Orléans, 22 nov. 1850, S., 51. 2. 553, D., 51. 2. 70.

» *sûreté, qu'il soit procédé, par un expert nommé par le tri-*
» *bunal, à la visite des immeubles, à l'effet d'en constater*
» *l'état. Son rapport sera homologué en présence du procu-*
» *reur du Roi; les frais en seront pris sur les biens de l'ab-*
» *sent.* » Cette mesure est organisée dans l'intérêt des envoyés plus que dans celui de l'absent; aussi est-elle facultative. Elle a pour but de prévenir, à l'aide d'une constatation faite lors de l'entrée en possession des envoyés, un procès entre l'absent de retour, qui soutiendrait qu'ils ont reçu les immeubles en bon état et doivent les restituer de même, et ces derniers, qui prétendraient le contraire.

Dans le cas où l'état des immeubles n'a pas été constaté, la majorité des auteurs décident que les envoyés sont présumés les avoir reçus en bon état (1). Ils induisent cette solution de l'art. 1731, qui consacre cette règle en matière de louage. Mais il y a une raison puissante pour ne pas appliquer ce texte à la situation qui nous occupe : il établit une présomption légale, et il est de principe que ces présomptions ne s'étendent pas d'un cas à un autre, surtout quand l'analogie fait défaut. Or c'est précisément ce qui a lieu ici. Le locataire, ayant le droit d'exiger que la chose louée lui soit délivrée en bon état (art. 1720), n'aura très probablement pas manqué de le faire : la loi devait donc supposer dans le doute que c'est ainsi qu'il l'a reçue. L'envoyé provisoire, au contraire, prend les biens comme il les trouve, c'est-à-dire trop souvent en mauvais état, de telle sorte que la présomption qu'il les a reçus différemment risquerait fort de n'être pas d'accord avec la réalité. Si elle doit être écartée, la preuve de l'état des biens devra se faire conformément au droit commun. Notre opinion, au surplus, a cet avantage de ne pas retourner contre l'envoyé une disposition édictée en sa faveur et de ne pas transformer, en définitive, en une obligation véritable ce qui n'est pour lui qu'une faculté (2).

**1120.** D'après l'art. **126**, les frais faits en vue de constater l'état des immeubles sont pris sur les biens de l'absent. La

(1) Aubry et Rau, I, § 153, p. 922, n. 4; Demolombe, II, n. 98; Proudhon, I, p. 286; Toullier, I, n. 430; Duranton, I, n. 474; Demante, I, n. 160.
(2) Laurent, II, n. 173; Huc, I, n. 433; Planiol, III, n. 2474.

loi donne par là à entendre qu'il en doit être de même de tous les autres frais occasionnés par la déclaration d'absence et par l'envoi en possession provisoire. Si elle fait payer à l'absent les frais d'une mesure qui est prise dans l'intérêt des envoyés, à plus forte raison a-t-elle dû vouloir lui faire supporter les frais des mesures prises principalement ou exclusivement dans le sien. D'ailleurs les envoyés sont, par rapport à l'absent, des mandataires, et l'art. 1999 accorde à ceux-ci le remboursement de leurs frais, même quand le mandat, comme en l'espèce, est salarié (1).

Deux autres opinions se sont toutefois formées sur la question. D'après l'une (2), les frais devraient rester à la charge exclusive des envoyés, tandis que, d'après l'autre (3), ils devraient être partagés entre eux et l'absent. Mais il est inexact de dire, comme le fait la première pour sa justification, que l'envoi provisoire a lieu surtout dans l'intérêt de celui qui l'obtient, ou que la part des fruits qui lui est accordée sert à l'indemniser des frais qu'il expose : elle est destinée, ce qui est tout différent, à le rémunérer de la charge et des soucis de l'administration. Et, pour la seconde de ces opinions, elle repose sur cette considération, qui ne répond pas non plus, selon nous, à la vérité, que l'envoi intervient, à titre égal, dans l'intérêt des deux parties, et méconnaît le puissant argument *a fortiori* tiré de l'art. 126.

### N° 6. Effets de l'envoi en possession provisoire.

**1121.** L'étude des effets de l'envoi provisoire doit être faite à un triple point de vue, car ces effets doivent être déterminés : 1° dans les rapports des envoyés avec l'absent; 2° dans les rapports des envoyés entre eux; 3° dans les rapports des envoyés avec les tiers.

(1) Aubry et Rau, I, § 154, p. 934, n. 3; Demolombe, II, n. 99; Duranton, I, n. 476; Delvincourt, I, p. 51, note 14; Laurent, II, n. 174; Huc, I, n. 421 et 433. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 119, n. 2, et art. 120, n. 22. — Nîmes, 14 janv. 1878, D., 78. 2. 62.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, art. 131 ; Talandier, p. 219. — Colmar, 4 mars 1815, S., 16. 2. 38, D., *Rép.*, v° *Absence*, n. 262.

(3) Plasman, I, p. 215. — Cpr. de Moly, n. 430 s.

1. *Rapports des envoyés en possession avec l'absent.*

**1122.** Il convient tout d'abord de rechercher quels sont les pouvoirs des envoyés en possession sur les biens de l'absent, c'est-à-dire quels actes leur sont permis, lesquels défendus, et dans quels cas leur responsabilité est engagée. Mais cette recherche est des plus difficiles, étant donné le petit nombre et la concision des dispositions légales à ce sujet et l'absence de principes nettement définis sur le caractère des actes d'administration. Aussi n'est-il guère de question qui ne donne lieu à controverse.

**1123.** Les envoyés en possession provisoire sont chargés de l'administration des biens de l'absent : « *La possession provisoire*, dit l'art. 125, *ne sera qu'un dépôt, qui donnera, à ceux qui l'obtiendront, l'administration des biens de l'absent, et qui les rendra comptables envers lui, en cas qu'il reparaisse ou qu'on ait de ses nouvelles* ».

Il y a des différences essentielles entre le dépôt et la possession provisoire. D'abord le dépositaire n'est pas chargé d'administrer, tandis que les envoyés administrent. Ensuite le dépôt est gratuit (art. 1917), tandis que l'administration des envoyés est salariée et largement salariée (art. 127). Enfin le dépôt proprement dit, à la différence de la possession provisoire, ne porte que sur les choses mobilières (art. 1918). Si, malgré tout, la loi qualifie de dépôt l'administration provisoire, c'est pour qu'il soit bien entendu que l'envoyé, de même que le dépositaire, possède à ce titre précaire, c'est-à-dire non pour son compte personnel, mais pour celui de l'absent, qu'il reconnaît comme propriétaire (1). Il en résulte notamment que les envoyés ne peuvent pas acquérir les biens de l'absent par la prescription, par quelque laps de temps que ce soit (art. 2236) (2). Peut-être aussi la loi a-t-elle voulu montrer par cette qualification que l'envoi provisoire a lieu dans l'intérêt de l'absent, comme le dépôt dans celui du dépositaire (3).

(1) Aubry et Rau, I, § 153, p. 921, n. 1; Demolombe, II, n. 101; Demante, I, n. 159 *bis*, I; Planiol, III, n. 2481; Beudant, I, n. 189; Plasman, I, p. 131.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*; Planiol, *loc. cit.*

(3) Laurent, II, n. 168; Planiol, *loc. cit.*

**1124.** Les pouvoirs des envoyés relativement aux biens dont la possession leur a été déférée sont ceux qui appartiennent, d'une manière générale, a tout administrateur du bien d'autrui. Cette formule s'inspire à la fois des termes de l'art. 125, d'après lequel la possession provisoire ne confère que l'administration des biens de l'absent, du but de l'envoi en possession, qui est d'organiser cette gestion de la façon la plus conforme à l'intérêt de celui-ci et à l'intérêt général, et enfin des principes généraux sur l'étendue des pouvoirs des simples administrateurs. Comme telle, elle nous paraît plus exacte, malgré les réserves dont ils la font suivre, que celle de MM. Aubry et Rau (1), d'après lesquels les envoyés pourraient « en général, passer sans autorisation de justice, et sous leur responsabilité personnelle à l'égard de l'absent ou de ses ayants droit, tous les actes relatifs aux biens de ce dernier » (2).

**1125.** De notre proposition découlent les conséquences suivantes : les envoyés en possession peuvent :

1° Faire tous actes conservatoires des biens de l'absent : par exemple interrompre les prescriptions qui courent contre lui; faire exécuter toutes les réparations qui peuvent être nécessaires, quelle qu'en soit la nature; renouveler ou prendre des inscriptions hypothécaires, etc. (3). Il suit de là qu'ils ne sauraient eux-mêmes se prévaloir vis-à-vis de l'absent de la prescription qu'ils auraient laissé s'accomplir à leur profit contre lui, puisque leur devoir était d'en empêcher l'accomplissement et qu'ils seraient responsables de ne l'avoir point fait (4).

**1126.** 2° Donner à bail les biens de l'absent. La loi ne contenant aucune disposition relativement à la durée et au renouvellement des baux faits par les envoyés, sont-ils tenus de se conformer à cet égard aux règles prescrites par les art. 1429 et 1430 ? Cette question divise la doctrine en deux par-

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 923.

(2) Cpr. Demolombe, II, n. 103; Laurent, II, n. 175; Huc, I, n. 434; Fuzier-Herman, art. 125, n. 2.

(3) Demolombe, II, n. 104; Laurent, II, n. 175; Huc, I, n. 434.

(4) Aubry et Rau, I, § 153, p. 926, n. 15; Demante, I, n. 162 *bis*, VI.

tis de force égale. Le premier, dont l'opinion nous semble préférable, se prononce en faveur de l'affirmative, par ce motif que les articles précités semblent bien contenir le droit commun de la matière, puisque, écrits pour le mari qui administre sous le régime de communauté les propres de sa femme, ils sont déclarés applicables au tuteur par l'art. 1718, à l'usufruitier par l'art. 595, et que le mineur émancipé lui-même, aux termes de l'art. 481, ne peut pas passer les baux dont la durée excède neuf ans. N'est-ce point la preuve que les baux dont la durée est supérieure à ce chiffre ne sont plus considérés comme de simples actes d'administration (1)? Toutefois le second parti se fonde sur le silence de la loi quant aux baux passés par les envoyés pour décider que ces derniers ne sont pas, d'une manière absolue, soumis aux prescriptions des art. 1429 et 1430 (2). Mais, d'accord pour écarter celles-ci, ses adeptes ne s'entendent plus lorsqu'il s'agit d'apprécier définitivement la validité des baux de plus de neuf ans : toujours valables, d'après les uns, ils devraient être ou non maintenus, d'après les autres, selon les circonstances du fait. Ces divergences et le pouvoir discrétionnaire que confie au juge la dernière opinion ne sont pas faits pour recommander le système lui-même.

**1127.** 3° Recevoir les capitaux appartenant à l'absent, de quelque source qu'ils proviennent (paiement des créances ou remboursement des rentes), et en donner quittance (3). Comme tels les envoyés doivent verser eux-mêmes au compte de l'absent les sommes exigibles dont ils sont débiteurs envers lui, et ils ne sauraient, s'ils ne l'avaient pas fait, lui opposer aucune prescription extinctive, sans parler de leur responsabilité, dans les termes du droit commun, pour défaut d'emploi de ces sommes (4).

**1128.** 4° Faire emploi des sommes appartenant à l'ab-

(1) Duranton, I, n. 490; Demante, I, n. 163 *bis*, V; Laurent, II, n. 176; Huc, I, n. 434; Planiol, III, n. 2482.

(2) Aubry et Rau, I, § 153, p. 924, n. 10; Demolombe, II, n. 105; Proudhon, *De l'usufruit*, I, n. 54.

(3) Aubry et Rau, I, § 153, p. 923 et 924; Demolombe, II, n. 106; Laurent, II, n. 175; Huc, I, n. 434; Planiol, III, n. 2486.

(4) Demolombe, II, n. 107 et 117; Demante, I, n. 162 *bis*, VI; Huc, I, n. 434.

sent (1). Ces placements sont aux risques de la personne au nom de laquelle ils ont été effectués, sauf à engager la responsabilité de leurs auteurs (2).

**1129.** 5° Contracter des obligations ayant un rapport direct et certain avec l'administration des biens de l'absent, par exemple pour la réparation de ses bâtiments et pour l'exploitation de ses terres : sans quoi l'administration pourrait être rendue impossible ou du moins trop difficile (3).

Doit-on induire de cette proposition que les envoyés ne peuvent pas engager le patrimoine de l'absent par des emprunts contractés en son nom? En dépit de l'autorité des auteurs qui le pensent ainsi, nous ne le croyons pas. Vainement prétend-on que ces actes excèdent leurs pouvoirs, en tant qu'ils sont de nature à grever le patrimoine entier de l'absent et constituent une aliénation indirecte de ses biens. Car ils peuvent avoir un rapport direct et certain avec l'administration, tout comme s'il s'agissait de traités faits pour la réparation des bâtiments; et qu'importe que ce rapport résulte de la nature de l'acte même, comme dans ce dernier cas, ou qu'il ne puisse être établi que par l'examen des affaires de l'absent ou de l'affectation des fonds empruntés, pourvu qu'il existe réellement (4) ?

**1130.** 6° Défendre à toutes les actions intentées contre l'absent, quelle qu'en soit la nature (5) : « *Après le jugement* » *de déclaration d'absence, toute personne qui aurait des droits* » *à exercer contre l'absent, ne pourra les poursuivre que* » *contre ceux qui auront été envoyés en possession des biens,* » *ou qui en auront l'administration légale.* » (Art. 134).

Mais les envoyés peuvent-ils également intenter les actions qui appartiennent à l'absent? On est d'accord pour leur reconnaître ce droit en ce qui concerne les actions mobilières

(1) Cf. *supra*, n. 1118.

(2) Cpr. Demolombe, II, n. 109.

(3) Aubry et Rau, I, § 153, p. 925, n. 11.

(4) *Contra :* Aubry et Rau, *loc. cit.*

(5) Cpr. Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, art. 134 ; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 926, n. 15, et p. 929, n. 25; Demolombe, II, n. 110 ; Toullier, I, n. 434; Duranton, I, n. 492; Demante, I, n. 163 *bis*, II; Fuzier-Herman, art. 134, n. 1; de Moly, n. 491 s.; Plasman, I, p. 205 s. ; Talandier, p. 205 s.

et les actions possessoires, dont la loi paraît accorder l'exercice à tout administrateur, en général (arg. art. 464, 482 et 1428).

Quant aux actions immobilières pétitoires, il y a controverse. Plusieurs auteurs (1) admettent que l'exercice de ces actions doit être refusé aux envoyés, comme il l'est en général aux administrateurs (art. précités), du moins qu'ils ne peuvent les exercer qu'avec l'autorisation de la justice. L'opinion contraire nous paraît préférable (2). Ce n'est pas, comme on le répète très souvent, parce que les envoyés entrent dans tous les droits et actions de l'absent, car ils n'y entrent que comme administrateurs, ce qui laisse la question entière : quelle serait d'ailleurs, en présence du principe invoqué, l'utilité de l'art. 134 lui-même? Mais, aux termes de l'art. 817, al. 2, les envoyés en possession provisoire peuvent intenter au nom de l'absent l'action en partage qui appartiendrait à celui-ci, et cette disposition implique, à notre sens, qu'ils ont le même droit pour toutes les autres actions, car l'action en partage est une de celles dont la loi accorde le plus difficilement l'exercice. C'est ainsi que, sous le régime dotal, il est refusé au mari, qui a pourtant celui de toutes les autres actions de sa femme (art. 818 et 1549).

Toutefois on a fait valoir contre cette induction deux objections qui ne manquent pas de gravité. On a d'abord observé « que l'action en partage n'est pas de nature à compromettre en lui-même le droit de copropriété », puisqu'elle n'a pour objet que de provoquer les opérations nécessaires pour mettre fin à l'indivision. Mais ne peut-on pas répondre de même que l'exercice d'une action immobilière n'est pas, lui non plus, de nature à compromettre le droit qu'elle a pour but de faire reconnaître, quoiqu'il puisse arriver en fait, comme l'action en partage au reste, à consommer l'aliénation de ce droit?

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 926, n. 16 ; Valette sur Proudhon, I, p. 336 ; Duranton, I, n. 492 ; Demante, *Encycl. du droit*, v° *Absence*, n. 90 ; Laurent, II, n. 188 ; Huc, I, n. 434 ; de Moly, n. 495 s. ; Plasman, I, p. 205 s.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Absents*, art. 134, n. 1 ; Demolombe, II, n. 114 ; Toullier, I, n. 434 ; Proudhon, I, p. 289 ; Demante, I, n. 163 *bis*, I ; Fuzier-Herman, art. 134, n. 1 s. — Douai, 28 nov. 1853, S., 54. 2. 431, D., 56. 2. 192. — Cpr. Colmar, 14 juill. 1837, S., 41. 2. 216, D., *Rép.*, v° *Absence*, n. 342. — Cpr. Planiol, III, n. 2484.

— On dit ensuite que les intérêts de l'absent se trouvent garantis, quant aux résultats de l'action en partage, par l'intervention de la justice, puisque le partage doit être judiciaire en l'espèce, pour être définitif (art. 840). Mais le législateur a pu penser que l'examen du juge et la surveillance du ministère public suffiraient aussi à empêcher les aliénations frauduleuses que chercheraient à consommer les envoyés par l'exercice des actions immobilières, et même que leur propre intérêt, solidaire de celui de l'absent, était à lui tout seul une garantie suffisante.

**1131.** Il semble d'ailleurs, quoi qu'on en ait dit, que les causes intéressant les absents déclarés ne soient pas communicables de plein droit au procureur de la République : l'art. 83-7° C. pr. lui-même n'ordonne que la communication des causes concernant les personnes présumées absentes, et les absents déclarés ne paraissent pas rentrer, d'autre part, dans la catégorie des personnes visées par l'art. 83-6° (1).

**1132.** L'absent ne pourrait plus être représenté en justice par les envoyés, soit dans le cas où l'action serait dirigée contre lui par eux-mêmes, soit dans le cas où ils auraient dans le procès des intérêts contraires au sien (2). Au premier cas, les envoyés devraient, semble-t-il, agir contre un curateur, dont ils provoqueraient la nomination (arg. art. 996 C. pr.). Au second, il devrait être également constitué à l'absent un représentant spécial.

**1133.** Si les envoyés en possession provisoire ont qualité pour accomplir tous les actes d'administration, les actes de disposition leur sont, au contraire, interdits. Ainsi ils ne peuvent pas :

1° Aliéner ni hypothéquer les immeubles de l'absent : « *Tous ceux qui ne jouiront qu'en vertu de l'envoi provisoire,* » *ne pourront aliéner ni hypothéquer les immeubles de l'ab-* » *sent.* » (Art. 128). La généralité de la règle montre que toute aliénation d'immeubles, corporels ou incorporels, à

(1) Aubry et Rau, I, § 153, p. 924, n. 9. — *Contra :* de Moly, n. 493. — Cpr. Demolombe, II, n. 116 ; Demante, I, n. 148 *bis*, III ; Plasman, I, p. 87. — Colmar, 14 juillet 1837, précité.

(2) Demolombe, II, n. 108. — Colmar, 14 juill. 1837, précité.

titre gratuit ou à titre onéreux (1), toute constitution de servitudes, hypothèques ou autres droits réels, est interdite aux envoyés. Mais il va de soi que les jugements obtenus contre l'absent emporteraient hypothèque judiciaire s r ses biens (2).

**1134.** Le texte ne parlant que des immeubles, les envoyés en possession peuvent-ils aliéner les meubles de l'absent? Beaucoup d'auteurs et la jurisprudence admettent l'affirmative, qu'ils induisent par argument *a contrario* de l'art. 128 (3). Cette disposition prouve, d'après eux, qu'on n'a voulu limiter les pouvoirs des envoyés qu'en ce qui touche les immeubles. Et leur induction ne leur paraît pas contredite par l'art. 126, qui, s'il confère, il est vrai, au tribunal le droit d'ordonner la vente du mobilier, a eu pour unique objet de prévenir les discussions qui pourraient naître entre les envoyés et l'absent sur la question de savoir s'il convenait ou non de le vendre. On s'explique au surplus, ajoutent-ils, que la loi n'ait pas voulu, dans l'intérêt bien compris de l'absent, gêner l'administration des envoyés, d'autant que leur responsabilité est garantie par la caution qu'ils ont dû fournir. Ils concluent de là que ces derniers peuvent : 1° aliéner valablement, à quelque titre que ce soit, les meubles corporels de l'absent, lors même que le tribunal en aurait ordonné la conservation, sauf en ce cas leur responsabilité; 2° transporter par voie de cession ses droits mobiliers (4). Mais ce point n'est pas admis par tous, et la jurisprudence paraît être fixée en sens opposé.

Ce système est repoussé en son entier, et avec raison selon nous, par une forte partie de la doctrine (5). D'abord l'argument *a contrario* est en général peu probant. Ici même il n'a

(1) Cpr. Aubry et Rau, I, § 153, p. 923 et 925.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Hypothèque*, sect. II, § 3, art. 6, n. 2; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 926, n. 17; Demante, I, n. 162 *bis*, II; Proudhon, *De l'usufruit*, I, n. 55; Grenier, *Des hyp.*, I, n. 40.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, art. 126; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 923, n. 5, 7, 8 et 9; Demante, I, n. 162 *bis*, I; Huc, I, n. 435; Planiol, III, n. 2483; Fuzier-Herman, art. 126, n. 2, 3 et 7; de Moly, n. 468 s.; Talandier, p. 198 s. — Paris, 27 avril 1814, S., 14. 2. 355, D., *Rép.*, v° *Absent*, n. 297. — Bordeaux, 20 nov. 1845, S., 46. 2. 376, D., 46. 4. 1.

(4) Cf. les autorités citées à la note précédente.

(5) Demolombe, II, n. 112 et 113; Duranton, I, n. 485; Laurent, II, n. 177 s.; Plasman, I, p. 147, et II, p. 319. — Liège, 8 janv. 1848, D., 48. 2. 99.

presque aucune valeur, car le silence de l'art. 128, en ce qui touche les meubles, s'explique très naturellement : si ce texte n'en a pas parlé, c'est qu'un autre, l'art. 126 al. 2, s'en était déjà occupé. Or celui-ci semble précisément refuser aux envoyés le droit d'aliénation. Confier à la justice le soin d'ordonner la vente du mobilier, n'est-ce pas dire implicitement qu'elle ne saurait se faire sans son autorisation ? Et quand la justice prescrit que telle partie du mobilier sera vendue, n'ordonne-t-elle point, par là même, que le reste sera conservé? C'est si vrai que, lorsque cette dernière portion a été vendue, MM. Aubry et Rau eux-mêmes, tout en déclarant la vente valable à l'égard des tiers, reconnaissent qu'elle pourrait donner lieu à une demande en dommages-intérêts de la part de l'absent contre les envoyés, sans paraître supposer que cette vente ait été faite dans de mauvaises conditions. De plus, si l'on peut croire que l'art. 126-2e al. est né du désir de prévenir des contestations entre l'absent ou ses ayants droit et les envoyés, il n'est pas défendu non plus de penser qu'il a eu aussi pour but de sauvegarder la fortune mobilière de l'absent, en retirant aux envoyés le droit d'aliéner sans l'autorisation du juge. Et cette proposition semble d'autant moins contestable qu'en principe les administrateurs n'ont point, en cette seule qualité, le droit de vendre le mobilier. Du moins ils ne le possèdent qu'en tant que l'aliénation rentre certainement dans la catégorie des actes d'administration : on ne saurait donc le leur reconnaître, en l'absence d'un texte bien précis, toutes les fois qu'elle n'y rentre pas.

Encore faut-il le leur reconnaître dans ces limites. C'est pourquoi nous estimons que les enyoyés auraient, comme tout administrateur, le droit de faire librement les ventes de récoltes ou même de mobilier hors d'usage, car ces aliénations sont des actes de véritable administration, dont on ne saurait, sans les plus graves inconvénients, subordonner la validité à une autorisation judiciaire. Faut-il aller plus loin et leur permettre aussi de faire les aliénations qui sont, comme on le dit, « des actes nécessaires et de conservation », par exemple, comme le propose un auteur, celles d'un objet dont l'usage devrait détruire la valeur ou d'un titre de créance qui

courrait le risque de perdre la sienne? C'est plus douteux, car ces aliénations, qui surviennent rarement au cours de la gestion d'un patrimoine, pourraient sans danger être soumises à la permission préalable du juge; et il nous paraît téméraire d'affirmer, comme le fait M. Huc, qu' « administrer c'est employer son ministère à retirer d'une chose toute l'utilité que le propriétaire supposé diligent et prudent en eût retirée lui-même ». A ce compte, les administrateurs du bien d'autrui auraient le pouvoir de faire beaucoup d'actes qui leur sont interdits par la loi, ce qui prouve que cette formule est beaucoup trop large. En définitive, nous inclinons à penser que les envoyés n'ont pas le droit de faire les aliénations dont il s'agit, parce qu'il est difficile de leur reconnaître le caractère d'actes d'administration, et que comme telles elles dépassent leurs pouvoirs (1).

Il doit être d'ailleurs entendu que l'absent est, dans tous les cas, tenu de respecter les aliénations de meubles consenties par les envoyés au profit d'acquéreurs qui sont en situation d'invoquer la règle « en fait de meubles, possession vaut titre » (art. 2279).

**1135.** Les envoyés en possession provisoire ont-ils le droit de convertir en titres au porteur les titres nominatifs de l'absent? L'affirmative va de soi, si l'on admet qu'ils peuvent même aliéner ses meubles incorporels, et elle peut encore être soutenue dans l'opinion opposée, par ce motif que cette transformation ne constitue pas par elle seule une aliénation. Mais la solution contraire semble plus conforme à l'esprit de notre législation actuelle, puisque, d'après la loi du 27 février 1880, la conversion des titres nominatifs appartenant à un mineur est assimilée à une aliénation et assujettie comme telle aux mêmes règles : en effet, elle la facilite et la prépare.

**1136.** 2° Les envoyés ne peuvent pas non plus transiger, ni compromettre sur des droits appartenant à l'absent (arg. art. 2045 C. civ. et 1003 C. pr.), ni enfin acquiescer à une demande formée contre lui. Cette solution n'est pas douteuse

(1) Cpr. Demolombe, II, n. 112 et 113; Laurent, II, n. 179; Huc, I, n. 435.

en ce qui concerne ses droits immobiliers (1), mais elle s'impose également en ce qui touche ses droits mobiliers, si l'on pense que les envoyés n'ont pas la disposition des meubles (2). Dans l'opinion opposée, on leur accorde au contraire toutes ces facultés en matière mobilière (3).

**1137.** 3° Enfin ils ne peuvent pas accepter ou répudier une succession ou un legs échus à l'absent avant sa disparition ou ses dernières nouvelles, ces actes, qui ont pour effet d'augmenter ou de diminuer son patrimoine, ne rentrant pas dans l'administration de ses biens (4).

**1138.** Tels sont les pouvoirs des envoyés. Les actes valablement accomplis par eux dans les limites de leur mandat d'administration sont opposables à l'absent de retour ou à ses ayants droits. Ainsi ces personnes ne pourraient pas, sauf le cas de collusion frauduleuse, former tierce opposition aux jugements rendus contre les envoyés qui ont représenté régulièrement l'absent (art. 474 C. pr.) (5).

**1139.** Mais, de ce que ces actes doivent être respectés par l'absent ou par ses ayants droit, il ne s'ensuit pas qu'ils n'engagent point la responsabilité de ceux qui les ont faits. Les envoyés sont, effectivement, responsables des fautes qu'ils ont commises dans leur administration. De quelle diligence sont-ils donc tenus dans la gestion des intérêts de l'absent?

On peut, dans un premier système, les déclarer responsables seulement des fautes graves. On induit alors cette solution de l'art. 804, aux termes duquel l'héritier bénéficiaire n'est tenu que des fautes graves dans l'administration dont il est chargé. — Incontestablement il existe une certaine analogie entre la situation de l'héritier bénéficiaire et celle des envoyés en possession provisoire. Il y a une différence cependant, et elle est capitale : l'héritier bénéficiaire administre des biens

(1) Aubry et Rau, I, § 153, p. 925; Demolombe, II, n. 115; Demante, I, n. 163 *bis*, III et IV; Laurent, II, n. 181; Planiol, III, n. 2485. — *Contra :* en ce qui concerne l'acquiescement, Demante, I, n. 163 *bis*, III.

(2) De Moly, n. 493; Plasman, I, p. 207 ; Talandier, p. 205.

(3) Aubry et Rau, I, § 153, p. 924, n. 9. — Cpr. Huc, I, n. 435.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 924 et 925, n. 11; Demolombe, II, n. 115; Demante, I, n. 163 *bis*, V; Huc, I, n. 436.

(5) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 926 et 927; Demolombe, II, n. 117.

qui sont certainement à lui, tandis que les envoyés gèrent un patrimoine qui est peut-être encore la propriété de l'absent. Cela suffit, à notre avis, pour qu'on ne puisse pas appliquer aux envoyés la disposition qui termine la responsabilité de l'héritier bénéficiaire.

D'après d'autres interprètes (1), on ne saurait exiger d'eux « plus de soins qu'un père de famille d'une prudence commune n'en apporte à ses biens personnels », sans quoi, disent-ils, l'envoi, qui est prononcé principalement dans l'intérêt des envoyés, pourrait leur tendre un piège. Mais cette considération a ce double tort d'être, au moins d'après nous, contraire à la vérité, et assurément peu juridique. Peut-être cette opinion pourrait-elle plutôt se prévaloir de l'art. 1927, puisque la loi qualifie l'envoi de dépôt, et lui appliquer ainsi cette disposition combinée avec l'art. 1928. Mais ce serait encore, à notre sens, abuser d'une qualification dont on a déjà reconnu l'impropriété, et il nous paraît préférable de décider que les envoyés sont responsables de la *culpa levis in abstracto*, c'est-à-dire tenus d'apporter dans leur gestion tous les soins d'un bon père de famille (2). Telle est en effet la responsabilité des mandataires salariés, auxquels il est permis de les assimiler, et telle est surtout celle du droit commun (art. 1137). Après avoir posé ce principe, il est dangereux, selon nous, d'ajouter, comme le font MM. Aubry et Rau, que le juge peut « prendre en considération, pour l'appréciation de leur responsabilité, la durée plus ou moins longue de l'absence ».

**1140.** Au contraire l'absent de retour ou ses ayant-droit peuvent critiquer les actes accomplis par les envoyés en dehors des limites de leur mandat (arg. art. 1998), et, en principe, demander la nullité de ces actes (3).

Est-ce à dire qu'il n'existe aucun moyen pour les envoyés de faire valablement les actes qui excèdent leurs pouvoirs ? En d'autres termes, ne pourraient-ils les faire avec l'autorisa-

(1) Demolombe, II, n. 102.

(2) Aubry et Rau, I, § 153, p. 921, n. 2; Duranton, I, n. 489; Laurent, II, n. 169; Fuzier-Herman, art. 125, n. 3.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 925, n. 13; Demante, I, n. 162 *bis*, III.

tion de justice? Cette faculté leur est très généralement reconnue, et à juste titre (1). Pratiquement il peut être indispensable d'aliéner ou d'hypothéquer les immeubles de l'absent, par exemple pour acquitter une dette dont le service des intérêts est ruineux ou pour se procurer les fonds nécessaires à une grosse réparation. Ou bien c'est une transaction avantageuse qui s'offre ou une succession qu'il est de l'intérêt de l'absent d'accepter aussitôt. On ne comprendrait pas que, dans toutes ces circonstances et autres pareilles, la loi eût rendu absolument impossibles des actes dont la nécessité ou l'utilité est établie. Aussi bien ne l'a-t-elle pas fait. Elle a d'abord, d'après nous (2), autorisé l'hypothèque des biens de l'absent en vertu d'une décision judiciaire qui le permette (art. 2126), et dès lors on ne voit pas ce qui s'opposerait à ce que les autres actes pussent être également faits sous les mêmes conditions. Ensuite on cherche vainement pourquoi ce qui serait possible pendant la période de présomption d'absence (art. 112) serait défendu après que celle-ci a été déclarée, puisque les envoyés ne sont préposés qu'à l'administration des biens. Enfin l'absent a droit, par sa situation, à la même protection que celle qui est accordée à d'autres incapables, comme le mineur ou la femme mariée, pour lesquels les actes visés ne sont nullement impossibles (3).

Mais il ne faudrait pas, selon nous, conclure de cette dernière considération que ces actes ne doivent être autorisés que sous les mêmes conditions qui sont prescrites lorsqu'il s'agit des biens de ces incapables. Outre que ces conditions varient suivant la nature de l'incapacité, les dispositions qui les exigent ne sauraient être étendues d'un cas à un autre, et il est, dans le silence de la loi, préférable de laisser au juge la plus grande latitude pour ordonner les mesures que la situation

(1) Aubry et Rau, I, § 153, p. 925, n. 12; Demolombe, II, n. 111 et 115; Proudhon et Valette, I, p. 286; Duranton, I, n. 484; Demante, I, n. 162 *bis*, II, et n. 163 *bis*, III et V; Laurent, II, n. 181; Huc, I, n. 436; Planiol, III, n. 2483; Fuzier-Herman, art. 128, n. 1 et 2; de Moly, n. 477 et 478.

(2) Cf. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des priv. et hyp.*, 3e édit., 1906, II, n. 1359.

(3) Cf. art. 457 s., 483 s., 1557 s.

commande. Pourquoi limiter après la déclaration d'absence les pouvoirs si étendus qu'il a avant?

**1141.** L'administration des envoyés en possession provisoire ne va pas sans émolument : elle est, au contraire, largement rémunérée. En effet, aux termes de l'art. **127** : « *Ceux » qui, par suite de l'envoi provisoire, ou de l'administration » légale, auront joui des biens de l'absent, ne seront tenus de » lui rendre que le cinquième des revenus, s'il reparaît avant » quinze ans révolus depuis le jour de sa disparition; et le » dixième, s'il ne reparaît qu'après les quinze ans. — Après » trente ans d'absence, la totalité des revenus leur appar- » tiendra.* »

La portion des fruits que la loi alloue ainsi aux envoyés est considérable, si considérable qu'il est impossible de la regarder comme constituant exclusivement le salaire de l'administration dont ils sont chargés. En dotant si largement l'envoi provisoire, la loi a voulu, dans l'intérêt même de l'absent, engager ceux auxquels cet envoi est offert à le demander. Elle a tenu compte aussi de la propension bien naturelle qu'ont les envoyés à se considérer comme propriétaires des biens de l'absent et à se comporter comme tels. On les aurait souvent induits en perte, en les obligeant à restituer une trop forte fraction des revenus qu'ils ont touchés pendant de longues années, et vraisemblablement dépensés *lautius vivendo*. Et comme chaque jour qui s'écoule sans nouvelles de l'absent rend son retour moins probable, et que la tentation pour les envoyés de dépenser les revenus qu'ils perçoivent devient de plus en plus forte, il est tout simple que la loi fasse décroître avec le temps la portion des fruits qu'elle réserve à l'absent. Ainsi se justifie notre disposition. Il paraît inutile et il est même inexact de l'expliquer, comme on l'a fait parfois, en reconnaissant aux envoyés le caractère de possesseurs de bonne foi, qui ne saurait certainement leur appartenir, puisque la loi elle-même les qualifie de dépositaires et qu'ils ne sauraient posséder à titre de propriétaires (1).

(1) Cpr. Demolombe, II, n. 120; Demante, I, n. 161 et 161 *bis*, I; Laurent, II, n 190.

**1142.** Il convient d'observer ici, d'ailleurs, que cette disposition est applicable, à notre avis, non seulement au cas, qu'elle prévoit seul, où la restitution à laquelle sont tenus les envoyés s'opère au profit de l'absent de retour, mais encore à tous ceux dans lesquels elle doit être par eux effectuée, pour quelque cause que ce soit : ce qui se produit lorsqu'ils doivent restituer les biens à ceux qui auraient pu obtenir l'envoi à leur exclusion (1), ou aux personnes qui avaient la qualité d'héritiers de l'absent au jour de son décès prouvé (2).

**1143.** Pour régler les droits respectifs de l'absent et des envoyés en ce qui concerne les revenus de ses biens, la loi distingue trois hypothèses :

*Première hypothèse :* L'absent reparaît avant quinze ans depuis sa disparition ou ses dernières nouvelles. Les envoyés n'ont à lui restituer qu'un cinquième des fruits par eux perçus depuis l'envoi provisoire : ils gardent les quatre autres cinquièmes.

**1144.** *Deuxième hypothèse :* L'absent reparaît après quinze ans depuis son départ ou ses dernières nouvelles, mais avant trente ans d'absence. Les envoyés n'ont à lui restituer qu'un dixième des fruits par eux perçus depuis l'envoi provisoire, même de ceux perçus avant l'expiration de ces quinze ans : ils gardent donc les neuf dixièmes de la totalité de ces fruits, ainsi qu'il résulte de la généralité même des termes de l'art. 127 (3). En conséquence, si l'envoi en possession provisoire n'a été prononcé qu'après quinze ans depuis la disparition ou les dernières nouvelles de l'absent, les envoyés commencent de suite à n'être comptables envers lui que d'un dixième des fruits (4).

**1145.** *Troisième hypothèse :* Enfin, « après trente ans d'ab-

(1) Demolombe, II, n. 187 et 188 ; Fuzier-Herman, art. 127, n. 1 s. — Rouen, 7 déc. 1840, S., 41. 2. 209 et note, D., *Rép.*, v° *Absence*, n. 270. — *Contra :* Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, art. 127 ; Aubry et Rau, I, § 153, p. 931, n. 32 ; Duranton, I, n. 497 ; Delvincourt, I, p. 52, note 9 ; Demante, I, n. 172 ; Huc, I, n. 440 ; de Moly, n. 485 ; Plasman, I, p. 163 s. ; Talandier, p. 182. — Cpr. Toullier, I, n. 433. — Agen, 16 avril 1822, S., 23. 2. 65, D., *Rép.*, v° *Absence*, n. 327. — Cf. *infra*, n. 1255.

(2) Laurent, II, n. 194 ; Demante, I, n. 161 *bis*, III, et n. 177 ; Huc, I, n. 440.

(3) Demolombe, II, n. 124.

(4) Huc, I, n. 440.

sence », les envoyés en possession provisoire peuvent conserver la totalité des revenus par eux perçus. Ils n'ont donc à restituer à l'absent, s'il reparaît, aucune portion des revenus perçus depuis l'envoi provisoire, même avant l'expiration des trente ans (1).

Cette dernière hypothèse donne lieu à une double difficulté. Doit-on d'abord assimiler au cas textuellement prévu celui où cent ans se sont écoulés depuis la naissance de l'absent? L'affirmative est unanimement admise (2). Elle n'est d'ailleurs pas douteuse, car alors c'est l'envoi définitif lui-même qui pourrait être demandé, tout comme s'il s'était écoulé trente ans depuis l'envoi provisoire (art. 129). Les droits des envoyés ne sauraient donc être moindres dans le cas qui nous occupe que dans celui sur lequel la loi a statué; et on serait d'autant moins fondé à inférer le contraire du silence de celle-ci, que l'art. 127 détermine uniquement les droits des envoyés en possession provisoire. Or, s'il s'est écoulé cent ans révolus depuis la naissance de l'absent, on se trouve presque toujours dans la période de l'envoi en possession définitif, que les intéressés ne manquent guère de faire prononcer.

**1146.** Quel est ensuite, dans le cas littéralement prévu, le point de départ des trente ans? Quelques auteurs (3), s'attachant aux termes mêmes de l'art. 127, pensent que c'est la déclaration d' « absence », car l'absence proprement dite ne commence que lorsqu'elle est déclarée. On comprend d'ailleurs, ajoutent-ils, que la loi ait voulu réserver à l'absent une portion des fruits jusqu'au jour où la situation des envoyés est susceptible de se modifier, par suite de la possibilité qui s'offre à eux de demander alors l'envoi définitif.

L'opinion d'après laquelle c'est le jour de la disparition de l'absent ou des dernières nouvelles qui sert de point de départ aux trente ans dont parle la loi, est plus généralement admise, et à juste titre selon nous (4). D'une part, en effet, il n'y a

(1) Demolombe, *loc. cit.*

(2) Demolombe, II, n. 126; Laurent, II, n. 194; Fuzier-Herman, art. 129, n. 10.

(3) Delvincourt, I, p. 52, note 12; Duranton, I, n. 496; Marcadé, I, art. 127-III, n. 411; Huc, I, n. 440.

(4) Aubry et Rau, I, § 154, p. 933 et 934, n. 2; Demolombe, II, n. 125; Toullier,

pas lieu de s'arrêter aux termes de celle-ci, qui, on le sait, n'est pas toujours, en matière d'absence, d'une précision rigoureuse. On s'expliquerait difficilement, d'un autre côté, que chacune des trois périodes prévues par notre disposition n'eût pas le même point de départ, savoir la disparition ou les dernières nouvelles de l'absent. On remarquera enfin que c'est aux envoyés en possession provisoire que l'attribution des fruits est faite « après trente ans d'absence ». Or, si ces termes avaient été pris dans leur acception technique, c'est aux envoyés en possession définitive qu'elle eût dû être faite, car ceux qui ont obtenu, en même temps que la déclaration d'absence, l'envoi provisoire, ne manqueront guère de demander, trente ans après, l'envoi définitif. C'est donc que par absence la loi a voulu désigner l'absence effective, et non pas déclarée; et, au surplus, Bigot-Préameneu (1) ne l'entendait pas autrement, lorsqu'il expliquait que la portion de fruits réservée à l'absent variait suivant « la longueur de l'absence ».

**1147.** Telles sont les distinctions de la loi. On voit que la portion de fruits attribuée aux envoyés en possession provisoire croît proportionnellement à la durée de l'absence, et non pas à la durée de la gestion des envoyés. Cette décision s'imposait, s'il est vrai que, dans la pensée du législateur, cette proportion doit s'élever à mesure que le retour de l'absent devient plus improbable, et que les revenus dont les envoyés sont admis à profiter ne sont pas seulement un salaire (2).

**1148.** Mais de quels revenus s'agit-il? Il est d'abord certain que les fruits qui peuvent être conservés par les envoyés, en partie ou en totalité suivant les cas, sont ceux perçus depuis l'envoi provisoire. Quant aux fruits perçus auparavant, il ne saurait en être question, car on sait qu'ils doivent être attribués aux envoyés comme capital, ce qui implique

I, n. 432; Demante, I, n. 161 *bis*, II; Valette sur Proudhon, I, p. 228, note *a*; Laurent, II, n. 191; Planiol, III, n. 2490; Fuzier-Herman, art. 127, n. 8; de Moly, n. 487.

(1) Locré, *Lég.*, IV, p. 144, n. 28.

(2) Laurent, II, n. 191.

l'obligation de les restituer en totalité à l'absent, s'il reparaît, ou aux autres ayant-droit (1).

**1149.** On s'accorde ensuite à reconnaître que le calcul qui doit servir de base à la répartition opérée par l'art. 127 doit s'effectuer sur la valeur des fruits, déduction faite des dépenses qui en sont une charge, telles que les frais de culture, les réparations d'entretien, les intérêts des dettes de toutes sortes de l'absent, et les impôts ordinaires (arg. art. 608) (2). La loi ne parle pas de fruits, mais de revenus; or c'est l'excédent de la valeur des fruits sur le montant des dépenses qui constitue le seul revenu véritable et libre, c'est-à-dire le revenu net. C'est donc de celui-là seul que les envoyés peuvent avoir une part.

Mais il n'y aurait pas lieu d'imputer sur les fruits ou revenus les sommes dépensées pour les grosses réparations, car elles sont une charge du capital et doivent rester intégralement, à ce titre, au compte de l'absent (3).

**1150.** Enfin le droit des envoyés porte-t-il, dans les limites qui viennent d'être indiquées, sur tous les revenus produits par le patrimoine de l'absent depuis l'envoi provisoire jusqu'au jour ou naît l'obligation de restitution, que ces revenus aient été ou non effectivement touchés par eux, ou seulement sur les fruits qu'ils ont réellement perçus avant cette dernière époque? Ainsi leur droit s'étend-il à une récolte qui n'est pas encore faite ou à des fruits civils qui ne sont pas encore touchés au moment où l'absent reparaît? Cette difficulté a donné lieu à deux opinions.

D'après la première (4), les fruits de la dernière année, quelle qu'en soit la nature (naturels, industriels ou civils), et quelle que soit l'époque à laquelle ils sont perçus, doivent être divisés en deux masses proportionnellement au temps qu'a duré l'envoi en possession pendant cette année, par

(1) Aubry et Rau, I, § 154, p. 933, n. 1 *bis;* Laurent, II, n. 192; Huc, I, n. 440. — Cpr. Civ. cass., 29 déc. 1830, S., 31. 1. 80, D., 31. 1. 30. — Cf. *supra,* n. 1112.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.,* p. 934; Demolombe, II, n. 127; Duranton, I, n. 475 et 496; Demante, I, n. 168 *bis,* III; Laurent, II, n. 193; Huc, I, n. 440; Fuzier-Herman, art. 127, n. 9. — Cpr. Plasman, I, p. 218 s.; Planiol, III, n. 2490.

(3) Duranton, *loc. cit.;* Laurent, *loc. cit.*

(4) Duranton, I, n. 498 et 507.

moitié, par exemple, s'il a duré juste six mois pendant celle-ci. Et le droit aux fruits des envoyés porte sur la part qui représente le revenu du patrimoine de l'absent pendant cette dernière période de l'envoi, la moitié, en l'espèce. Il en doit être ainsi, dit-on, si l'attribution des fruits qui leur est faite constitue vraiment la rémunération de l'administration dont ils sont chargés : qu'importe, en effet, qu'ils en aient ou non touché le montant, lorsqu'ils sont obligés de restituer? L'indemnité qui leur est accordée ne saurait dépendre de cette circonstance, c'est-à-dire du hasard.

La deuxième opinion, qui ne s'attache qu'à la perception effective, paraît bien préférable (1). Seule elle tient compte entièrement, en effet, du fondement de notre disposition, dont l'un des objets, sinon l'objet exclusif, est d'éviter aux envoyés une restitution qui pourrait trop souvent les induire en perte sérieuse : or on n'a pas à se préoccuper de cette éventualité quand les fruits n'ont pas encore été perçus, au moment où il faut restituer. Seule aussi elle respecte le texte de l'art. 127, qui organise, il faut bien l'observer, non pas, comme on le répète souvent, une attribution proprement dite de fruits au profit des envoyés, mais une dispense de restitution, ce qui est bien différent. Or une pareille dispense ne peut s'appliquer qu'à ce qu'on possède déjà. Les envoyés ne sauraient donc avoir aucun droit sur les fruits qu'ils n'ont jamais possédés comme tels, soit parce que, naturels ou industriels, ces fruits n'étaient pas encore perçus lorsqu'est née l'obligation de rendre, soit parce que, civils, ils n'avaient pas encore été touchés à la même époque. Et il n'est pas permis, en présence d'un texte aussi formel, sous le prétexte d'une analogie qui n'existe d'ailleurs pas, de résoudre cette difficulté par l'application de dispositions (art. 586 et 1571) qui n'ont pas été faites pour elle. Mais on ne saurait non plus justifier notre solution, comme le fait en partie M. Demolombe, en disant que les envoyés doivent être traités comme des possesseurs de bonne foi (art. 549), puisque, ainsi que la remarque en a

(1) Demolombe, II, n. 121 et 122 ; Toullier, I, n. 450; Demante, I, n. 161 *bis*, I; Huc, I, n. 440; Plasman, I, p. 160 s. — Cpr. Req. rej., 30 juin 1840, S., 40. 1. 884, D., 40. 1. 261.

déjà été faite, cette qualité ne saurait certainement leur être reconnue. On ne peut même pas dire, comme le même auteur, que cette solution est conforme aux principes ordinaires (art. 549, 585, 1401 et 1403), puisqu'elle s'en écarte au moins sur un point (art. 586).

Il va de soi d'ailleurs que les envoyés ont droit, en tous cas au remboursement des frais qu'ils ont faits pour la production des fruits dont ils n'ont aucune part (arg. art. 548 et 1381).

2. *Rapports des envoyés en possession entre eux.*

**1151.** La nature de ces rapports est douteuse, et leur détermination, par suite, difficile. Le doute vient lui-même de ce que, d'une part, l'envoi en possession donne provisoirement ouverture à tous les droits subordonnés au décès de l'absent, tandis que, d'autre part, les envoyés ne sont au fond que des administrateurs de son patrimoine. Or faut-il conclure de la première proposition qu'ils sont entre eux exactement dans la situation où ils seraient si la succession de l'absent était réellement ouverte, ou de la seconde que, même dans leurs rapports respectifs, c'est la qualité d'administrateurs qui prédomine ?

Ainsi posée, la question ne nous paraît comporter qu'une réponse. On ne voit pas, en effet, pourquoi les envoyés auraient entre eux une qualité différente de celle qui seule leur appartient à l'égard de l'absent. Or la loi les charge uniquement, dans l'intérêt de celui-ci surtout, de l'administration de ses biens, et nulle part elle ne suppose sa succession ouverte. C'est donc qu'on ne doit les considérer, à quelque point de vue que ce soit, que comme des administrateurs, et qu'on ne saurait appliquer à leurs rapports les règles qui président à ceux des cohéritiers ou des colégataires. Cette solution a son point de départ dans les dispositions légales elles-mêmes, tandis que rien n'autorise à poser en principe, comme le font beaucoup d'auteurs, « que l'envoi en possession opère une sorte d'ouverture provisoire de la succession » (1).

**1152.** Ainsi tout d'abord les envoyés ne peuvent pas,

(1) Laurent, II, n. 195 ; Huc, I, n. 437.

d'après nous, procéder à un partage en propriété des biens de l'absent, en ce double sens qu'ils n'ont pas la faculté de s'imposer les uns aux autres ce partage (1), et que, eût-il été volontairement effectué, il ne saurait être maintenu définitivement malgré eux après l'envoi en possession définitif, lors même que celui-ci aurait été prononcé au profit exclusif des copartageants. Comment, en effet, un partage de propriété pourrait-il intervenir entre des administrateurs, entre des dépositaires? De plus, l'art. 129, en accordant à tous les ayant-droit, après l'envoi en possession définitif, le droit de demander le partage des biens de l'absent, ne suppose-t-il pas que ce droit ne leur appartient point auparavant? C'est ce que reconnaissent MM. Aubry et Rau (2), qui décident bien que les envoyés ne sont pas autorisés à demander les uns contre les autres un partage de propriété, mais qui leur accordent pourtant la faculté d'y procéder volontairement, de telle sorte que l'envoi définitif rende ce partage irrévocable. La volonté commune des envoyés pourrait donc faire ce qui ne saurait être opéré par la contrainte.

D'autres auteurs (3), allant plus loin, leur permettent même de provoquer pendant cette période un partage définitif, par ce double motif que c'est là un droit subordonné au décès de l'absent, et que l'art. 129 n'a été écrit qu'en vue du cas où l'envoi définitif est prononcé avant tout envoi provisoire, soit parce que l'époux commun en biens a opté pour la continuation de la communauté, soit parce que cent ans se sont écoulés depuis la naissance de l'absent. — Mais cette dernière supposition est tout à fait gratuite, et contraire même au texte de l'art. 129. Et, d'autre part, si l'art. 123 autorise l'exercice, par les divers intéressés, des droits subordonnés au décès de l'absent, sans dire en quoi consiste cet exercice, l'art. 125, qui a précisément pour objet de régler cette question, décide que l'envoi en possession provisoire est un dépôt qui ne confère

(1) Laurent, II, n. 128; Huc, *loc. cit.* — *Contra :* Demolombe, II, n. 128; Duranton, I, n. 503; Demante, I, n. 169 *bis*, III. — Cpr. Marcadé, I, art. 129-VII, n. 433; Planiol, III, n. 2480; de Moly, n. 215 et 414.

(2) I, § 153, p. 927, n. 18, et p. 928, n. 22.

(3) Duranton, I, n. 503; Talandier, p. 224.

à ceux qui l'obtiennent que l'administration des biens de l'absent. Telle est, nettement indiquée, la limite des effets de cet envoi. N'est ce donc pas la dépasser que de permettre aux envoyés de se comporter, ne fût-ce que dans leurs rapports réciproques, comme de véritables propriétaires? Cette dernière objection porte aussi bien contre le système de MM. Aubry et Rau que contre le second, qui lui est d'ailleurs inférieur à raison de l'hypothèse non fondée sur laquelle il repose.

Il va de soi, dans notre opinion, que les envoyés ne sont pas admis à procéder à une licitation de la propriété des biens compris dans l'envoi, cette licitation n'eût-elle lieu qu'entre eux et à l'exclusion des étrangers (1). Mais les systèmes opposés conduisent à des solutions contraires. Aussi, d'après le dernier (2), cette licitation est-elle possible, à la condition que les envoyés puissent seuls y prendre part, car les biens compris dans l'envoi provisoire ne sauraient être aliénés. Et, suivant MM. Aubry et Rau (3), l'adjudication prononcée, soit au profit d'un envoyé, soit même au profit d'un étranger, si la licitation avait eu lieu de fait *admissis extraneis,* devrait être respectée par les envoyés qui auraient ultérieurement obtenu l'envoi en possession définitif.

**1153.** S'il n'est pas permis aux envoyés en possession d'une même masse de biens de procéder à un partage de propriété, ne peuvent-ils du moins faire un simple partage de jouissance ou provisionnel? Cette faculté, qui semblerait au premier abord devoir leur être plus facilement accordée, doit pourtant, suivant nous, leur être refusée, comme la précédente et pour les mêmes motifs (4). Quoiqu'ils soient appelés à conserver une partie ou même la totalité des revenus, il semble bien qu'il ne puisse être question d'un partage de jouissance relatif à des biens dont ils n'ont réellement que l'administration. Le partage provisionnel suppose tout au moins l'exis-

(1) Laurent, II, n. 196; Huc, I, n. 437. — Orléans, 1er déc. 1859, S., 60. 2. 562 et note, D., 60. 2. 159, note. — Cpr. Bordeaux, 23 avril 1856, S., 57. 2. 27, D., 56. 2. 202.

(2) Demolombe, II, n. 129; Planiol, III, n. 2479.

(3) I, § 153, p. 927 et 928, n. 21 et 22.

(4) Laurent, II, n. 128; Huc, I, n. 437; Fuzier-Herman, art. 125, n. 6. — Orléans, 1er déc. 1859, S., 60. 2. 562 et note, D., 60. 2. 159 et note. — *Contra :* Aubry et Rau, I, § 153, p. 927, n. 18; Planiol, *loc. cit.*

tence, entre les consorts, d'une indivision véritable, qu'on ne retrouve pas ici. Au surplus l'art. 129, d'après lequel le partage ne peut pas précéder l'envoi en possession définitif, ne distingue pas entre le partage de propriété et le simple partage de jouissance. — Naturellement ce dernier partage est considéré comme possible, *a fortiori,* par ceux qui jugent tel le premier, et dans cette opinion il peut être, s'il y a lieu, procédé à une licitation de la jouissance exactement dans les mêmes conditions.

**1154.** Au contraire on s'accorde à reconnaître que les envoyés en possession provisoire d'une même masse de biens peuvent diviser entre eux cette administration comme ils l'entendent, si mieux ils n'aiment qu'elle soit collective ou qu'elle soit confiée à l'un ou à quelques-uns d'entre eux. On ne voit pas en effet ce qui pourrait s'opposer à ce partage d'administration. Que si une difficulté s'élevait relativement à celui-ci ou, d'une façon générale, à l'administration, il appartiendrait à la justice de régler le différend (1).

**1155.** Des principes qui viennent d'être posés il résulte encore, selon nous, que les envoyés ne sont pas admis à faire entre eux, au sujet des biens de l'absent, des conventions, traités ou arrangements autres que ceux qui touchent à leur administration. Il nous paraît superflu d'invoquer, pour justifier cette proposition, l'interdiction des pactes sur successions futures (art. 791, 1130 et 1600), celle de l'absent n'étant certainement pas ouverte. Ne suffit-il pas d'observer à cet effet que les conventions dont il s'agit ne sauraient être faites que par des personnes ayant la qualité de propriétaires, que ne possèdent pas les envoyés, simples administrateurs ?

Cette considération, à nos yeux décisive, n'est pourtant pas jugée telle par certains auteurs (2), dont la doctrine a été con-

(1) Laurent, II, n. 196; Huc, *loc. cit.*

(2) Aubry et Rau, IV, § 344, p. 318 et 319, n. 20 s.; Demolombe, II, n. 130 et 131; Demante, I, n. 156 *bis*, III; Fuzier-Herman, art. 125, n. 7 s. — Req. rej., 3 août 1829, S., 29. 1. 339, D., *Rép.*, v° *Absence*, n. 463. — Cpr. Req. rej., 27 déc. 1837, S., 38. 1. 545, D., 38. 1. 57. — Req. rej., 17 janv. 1843, S., 43. 1. 146, D., 43. 1. 67. — Req. rej., 14 août 1871, S., 71. 1. 101, D., 71. 1. 193, note de M. Garsonnet. — *Contra :* Civ. cass., 21 déc. 1841, S., 42. 1. 167, concl. de M. Hello, D., 42. 1. 14.

sacrée au surplus par quelques arrêts. Selon eux, toutes ces conventions seraient valables et ne tomberaient pas sous la prohibition des pactes successoires, d'un côté parce qu'elles ne sauraient être réputées immorales, puisqu'elles portent sur des biens auxquels la loi elle-même appelle les envoyés, d'un autre côté parce qu'elles ne sont pas non plus sans objet, puisque ces biens sont « dès actuellement à la portée des divers ayants droit ». Enfin elles seraient même, dit-on, souvent nécessaires pour arriver au partage. — Mais, de ces arguments, le dernier ne saurait nous toucher, puisque le partage est, pour nous, impossible, et les deux autres semblent aisément réfutables. En effet ces conventions portent sur des biens compris dans une succession non ouverte et qui ne sont pas à la disposition des envoyés, mais seulement confiés à leur administration : si c'est en ce sens seulement qu'on peut dire qu'ils sont à leur portée, il n'y a aucun argument à tirer de cette simple constatation. Et dès lors, même ainsi posée, la question doit être résolue dans le sens indiqué (1).

**1156.** *A fortiori* ces conventions seraient-elles nulles, à notre avis, si elles avaient été faites pendant la période de présomption d'absence, puisqu'elles auraient pour objet des biens sur lesquels les contractants n'avaient aucun droit, ni actuel, ni même conditionnel (2). Vainement dit-on, pour soutenir l'opinion contraire, que les ayants droits ne peuvent pas être « recevables à demander la nullité d'un traité par eux fait, lorsqu'ils ne prouvent pas que l'absent existait encore à ce moment, lors au contraire que la loi présume, en ce qui les concerne, qu'il était alors décédé », car cette présomption n'est nulle part consacrée par la loi.

**1157.** Enfin il suit, selon nous, du principe que la succession de l'absent ne doit pas être considérée comme ouverte, même dans les rapports des envoyés en possession provisoire, que ceux-ci ne sauraient être admis à exercer le retrait successoral contre le cessionnaire des droits de l'un d'eux, sauf

(1) Laurent, II, n. 186; Huc, I, n. 437. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 115, n. 7, et art. 120, n. 12.

(2) Demante, I, n. 156 *bis*, III. — Civ. cass., 21 déc. 1841, précité. — *Contra :* Demolombe, II, n. 131.

à tenir purement et simplement cette cession comme non avenue (1).

**1158.** Les héritiers présomptifs, envoyés en possession provisoire des biens laissés par l'absent, peuvent-ils se demander respectivement le rapport des libéralités qu'ils ont reçues de celui-ci à titre non préciputaire ? Cette question, quoique très controversée, nous paraît devoir être résolue négativement. D'une part, en effet, l'envoi provisoire ne s'étend qu'aux biens qui appartenaient à l'absent au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles et n'a pour objet que d'organiser l'administration de ces biens. Or les biens donnés entre vifs par l'absent étaient définitivement sortis quant à lui de son patrimoine et entrés dans celui d'une autre personne, qui seule a droit de les administrer. Et quant aux biens par lui légués, s'il est vrai qu'ils n'ont pas cessé de lui appartenir, on ne voit pas pourquoi ils seraient immédiatement soumis à rapport, lorsqu'ils ont été légués à des héritiers que le testateur a assujettis à le faire, c'est-à-dire pourquoi les règles ordinaires de l'envoi ne s'appliqueraient pas, puisque celui-ci n'a d'autre but que d'en régler l'administration. D'autre part, l'obligation du rapport suppose l'ouverture de l'hérédité du donateur : or, encore une fois, la succession de l'absent n'est pas ouverte. Dès lors les cohéritiers du donataire ou du légataire ne peuvent pas l'obliger à rapporter.

Malgré ces raisons, une forte partie de la doctrine se prononce en sens contraire (2). On dit d'abord que le cohéritier qui doit le rapport, et qui demande sa part dans l'envoi, invoque une présomption de mort, qui peut réciproquement lui être opposée. Mais on a déjà répété bien souvent et prouvé que cette présomption n'avait réellement pas été établie par la loi, et dès lors l'argument n'est plus qu'une pétition de principe. — On invoque ensuite des motifs d'équité : l'égalité doit régner, prétend-on, entre les envoyés, comme elle devrait régner entre des cohéritiers véritables. Or c'est le rapport

(1) Aubry et Rau, I, § 153, p. 927, n. 19. — Grenoble, 3 juin 1846, S., 47. 2. 393, D., 47. 4. 426. — Bordeaux, 23 avril 1856, S , 57. 2. 27, D., 56. 2. 202.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 927, n. 20 ; Demolombe, II, n. 132 ; Demante, I, n. 157 *bis*, IV, p. 244, note 1 ; Planiol, III, n. 2477.

seul qui l'assure, et qui permet au surplus de créer entre les envoyés, pendant la période de l'envoi provisoire, une situation à laquelle l'envoi définitif n'aura plus qu'à donner le caractère de l'irrévocabilité. En aucun cas ces considérations ne sauraient prévaloir sur des principes certains ; mais elles sont d'ailleurs moins puissantes qu'elles ne le paraissent. Car le rapport, s'il ne se fait pas dans cette période, s'effectuera dans la suivante. Et s'il ne se fait pas pendant l'envoi provisoire, c'est toujours parce que, contrairement à ce qu'on suppose, cet envoi a pour objet unique d'organiser, au mieux des intérêts de l'absent et des divers ayants droit, la gestion de son patrimoine, et non d'en opérer, même à titre purement provisoire, la répartition entre ces derniers (1).

On voit maintenant combien il importait de définir avec netteté le caractère et le but de l'envoi en possession provisoire.

3. *Rapports des envoyés en possession avec les tiers.*

**1159.** Le caractère de l'envoi provisoire se modifie-t-il lorsqu'on envisage les rapports de ceux qui l'ont obtenu avec les tiers? Ou, sous une autre forme, quelle est, quant à ces rapports, la qualité des envoyés? Conservent-ils à l'égard des tiers la simple qualité d'administrateurs, ou prennent-ils celle d'héritiers de l'absent ou plus généralement de propriétaires véritables des biens compris dans l'envoi? Cette question est d'une importance capitale par le nombre et l'intérêt des conséquences auxquelles conduit la solution qui lui est donnée. Mais, à vrai dire, elle est pour nous résolue par avance. Si, dans leurs rapports avec l'absent ou dans leurs rapports réciproques, les envoyés ne sont chargés que de l'administration, comment pourraient-ils avoir une qualité différente à l'égard des tiers? Ils ne l'auraient que si la loi disposait qu'à cet égard tout au moins la succession de l'absent est considérée comme provisoirement ouverte, et que par suite ses biens doivent être réputés avoir passé, par cette voie, sur la tête des envoyés en possession, sauf, bien entendu, à voir cette transmission résolue par le retour de l'absent ou par la

(1) Laurent, II, n. 129; Huc, I, n. 437.

preuve acquise de son décès à une autre époque que celle de l'envoi. Or cette disposition n'est écrite nulle part, on l'a déjà vu : à l'égard de tous, l'absent n'est présumé ni mort, ni vivant; son inexistence n'est qu'incertaine, et l'administration de son patrimoine est confiée en conséquence à ceux qui ont intérêt à sa bonne gestion. Et comment dès lors reconnaître à ceux-ci une autre qualité que celle d'administrateurs, alors surtout que leurs pouvoirs sur les biens remis à leur garde ont été déterminés d'une façon précise? Rien n'indique dans la loi, et il est donc arbitraire de supposer, que les limites tracées à ces pouvoirs ne concernent que les rapports des envoyés avec l'absent. Conséquemment les envoyés ne sauraient être, pendant cette période, envisagés dans leurs rapports avec les tiers comme propriétaires, même sous condition résolutoire.

Beaucoup d'auteurs partent, il est vrai, du principe opposé (1), mais sans le justifier. Certains (2), après avoir érigé en règle que la déclaration d'absence donne lieu, dans les rapports qui nous occupent, à l'ouverture présumée de la succession de l'absent, sentent pourtant la nécessité d'en restreindre la portée en décidant que la transmission qui s'opère, n'ayant lieu que sous condition résolutoire, n'entraîne pas confusion du patrimoine de l'absent et de celui des envoyés. Et pourquoi donc? Cette confusion ne pourrait-elle pas être subordonnée à la même condition que la transmission elle-même? Cette réserve ne se comprendrait guère si le principe qu'elle tempère était vrai, ce qu'il n'est pas à nos yeux (3).

**1160.** Puisque la succession de l'absent ne doit pas être considérée comme ouverte par l'envoi en possession provisoire, régulièrement les envoyés ne devraient pas payer au fisc les droits de mutation par décès (4). Toutefois ils y ont été obligés par une disposition spéciale, l'art. 40 de la loi du

(1) Cf. Demante, I, n. 159 *bis*, II.

(2) Aubry et Rau, I, § 153, p. 928, n. 22 *bis*; Fuzier-Herman, art. 125, n. 4. — Angers, 28 avril 1828, S., 28. 2. 329, D., 29. 2. 7. — Cpr. Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, art. 120, n. 4.

(3) Laurent, II, n. 124 s., 195, 197; Huc, I, n. 438.

(4) Laurent, II, n. 127.

28 avril 1816, ainsi conçu : « Les héritiers, légataires et tous autres appelés à exercer des droits subordonnés au décès d'un individu dont l'absence est déclarée, sont tenus de faire, dans les six mois du jour de l'envoi en possession provisoire, la déclaration à laquelle ils seraient tenus s'ils étaient appelés par l'effet de la mort, et d'acquitter les droits sur la valeur entière des biens ou droits qu'ils recueillent. En cas de retour de l'absent, les droits payés seront restitués, sous la seule déduction de celui auquel aura donné lieu la jouissance des héritiers. »

Cette disposition ne contredit nullement le principe que nous avons posé (1). Elle s'explique par cette considération que, le plus souvent, l'envoi provisoire devient définitif, le sort de l'absent demeurant ignoré, et que, par suite, les envoyés sont rarement troublés dans la paisible possession de ses biens. On a donc pu, au point de vue fiscal, les traiter dès à présent en héritiers, sauf à leur restituer, si l'absent reparaît, les droits qu'ils se trouveraient avoir payés indûment.

**1161.** Dans quelle mesure et sur quels biens les envoyés en possession provisoire sont-ils tenus de payer les dettes de l'absent? Des principes que nous avons établis on déduit nécessairement que les envoyés, simples administrateurs de son patrimoine, même dans leurs rapports avec les tiers, ne doivent acquitter ses dettes que sur ses biens personnels et jusqu'à concurrence de leur valeur.

Mais si l'on estime, au contraire, que l'envoi en possession donne lieu à une sorte d'ouverture provisoire de la succession, il faut se demander : 1° si les dettes et charges se divisent entre les envoyés, comme si celle-ci était véritablement ouverte (art. 870, 871, 873, 874 et 877) (2); 2° si les envoyés ne sont tenus de les payer qu'*intra vires bonorum* (3); 3° enfin

(1) Cpr. cep. Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 928 et 929, n. 23; Laurent, II, n. 195.

(2) Dans le sens de l'affirmative : Aubry et Rau, I, § 153, p. 929, n. 25; Demolombe, II, n. 136-A; Valette sur Proudhon, I, p. 269, note *b*, et p. 288; de Moly, n. 734; Plasman, I, p. 210 s. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 134, n. 4.

(3) Pour l'affirmative : Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 931 et 932, n. 33 *bis* et n. 34; Demolombe, II, n. 136-B; Duranton, I, n. 492; Delvincourt, I, p. 51, note 10; Proudhon et Valette, I, p. 290 s.; Plasman, I, p. 208; Talandier, p. 207. — Cpr. Bourges, 22 juillet 1828, S., 30. 2. 74, D., 29. 2. 287.

s'ils n'en sont tenus que sur les biens de l'absent (1). Et ces trois questions sont résolues, en général, malgré certains dissentiments, par l'affirmative, par ce double motif que les envoyés doivent être considérés comme des héritiers, et qu'il faut les assimiler, sous ce rapport, à des héritiers sous bénéfice d'inventaire.

Nous avons réfuté le premier argument, et nous répondrons au second qu'il est impossible de reconnaître aux envoyés la qualité d'héritiers bénéficiaires sans qu'ils aient accepté sous bénéfice d'inventaire. Vainement M. Demolombe s'efforce-t-il d'écarter cette objection, en disant que « l'envoi est une sorte d'imitation (de l'ouverture de la succession), mais seulement dans les limites et avec les effets déterminés par la loi ; or on ne voit nulle part qu'elle oblige... les envoyés à payer les dettes *ultra vires* ». Si la loi, il est vrai, n'a nulle part déterminé ces effets ou ces limites, c'est tout simplement parce que, ainsi que le reconnaît lui-même le savant auteur, « la succession n'est pas ouverte ». Mais si, malgré le silence de la loi, on veut à tout prix la considérer comme telle, aucune restriction n'est permise : l'ouverture anticipée de l'hérédité doit produire tous les effets qu'aurait son ouverture réelle, et on ne saurait être admis à traiter celle de l'absent tantôt comme étant ouverte et tantôt comme ne l'étant pas. La vérité est que, partis d'un principe faux, les auteurs s'évertuent à le corriger par des réserves arbitraires (2).

**1162.** Par une autre conséquence de notre principe, les envoyés ne peuvent pas céder par acte entre vifs les droits que leur confère l'envoi provisoire (3).

**1163.** Il en résulte encore que les créanciers personnels des envoyés en possession provisoire ne peuvent acquérir, ni exercer aucun droit sur les biens compris dans l'envoi, puisque, même à leur égard, leurs débiteurs n'ont que la qualité d'administrateurs de ces biens, et nullement celle de pro-

(1) Cf. la note précédente, et Demolombe, II, n. 136-C.

(2) Laurent, II, n. 131 ; Huc, I, n. 438; Planiol, III, n. 2487. — Cpr. Demante, I, n. 156 *bis*, V.

(3) Laurent, II, n. 184. — Cf. *supra*, n. 1155 s.

priétaires, même sous condition résolutoire (1). Ainsi leurs créanciers chirographaires ne sauraient être admis à saisir les biens de l'absent. Ainsi encore les hypothèques légales ou judiciaires dont sont grevés les biens personnels des envoyés ne s'étendent pas, même sous condition résolutoire, aux biens de l'absent (2). Mais cette dernière déduction est contestée par les partisans du système opposé : pour eux ces hypothèques, si elles ne donnent pas aux créanciers le droit de faire saisir et vendre les biens de l'absent, leur confèrent du moins celui de prendre d'ores et déjà inscription et « deviennent pleinement efficaces, à dater de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent, lorsque les envoyés restent définitivement propriétaires de ces biens » (3).

**1164.** Quant aux constitutions d'hypothèques conventionnelles ou aux aliénations d'immeubles faites par les envoyés, contrairement à la prohibition de l'art. 128, la nullité peut-elle en être demandée par ceux-ci? On pourrait le croire, car c'est au nom de l'absent et en qualité d'administrateurs de ses biens qu'ils agissent, et non en leur nom personnel; et dès lors, pourrait-il sembler, leur action ne saurait être repoussée par l'exception de garantie, pas plus que ne pourrait l'être celle d'un tuteur qui aurait vendu les biens de son pupille (4). Mais on fait valoir, dans l'opinion contraire, cette très grave objection que peut-être l'aliénation ou l'hypothèque est d'ores et déjà valable par le décès de l'absent ou est appelée à le devenir ultérieurement si on ne reçoit plus de ses nouvelles, et que le sort de l'acte doit rester en suspens tant que celui de l'absent reste lui-même inconnu (5).

Par une suite de la première opinion, il faudrait admettre que l'envoyé peut, non seulement par l'exercice de son action,

(1) Demante, I, n. 162 *bis*, IV.

(2) Laurent, II, n. 198; Demante, I, n. 162 *bis*, IV.

(3) Aubry et Rau, I, § 153, p. 930 et 931, n. 31; Demolombe, II, n. 138. — Rouen, 22 juil. 1840, S., 40. 2. 415, D., 41. 2. 33.

(4) Laurent, II, n. 182 et 177.

(5) Aubry et Rau, I, § 153, p. 930, n. 29; Demolombe, II, n. 137; Duranton, I, n. 486; Demante, I, n. 159 *bis*, II, et n. 162 *bis*, III; Fuzier-Herman, art. 128, n. 3. — Cpr. Huc, I, n. 436. — Req. rej., 3 août 1829, S., 29. 1. 339, D., *Rép.*, v° *Absence*, n. 463.

interrompre la prescription dans l'intérêt de l'absent ou faire proclamer son droit, mais encore conclure à la nullité du contrat avec toutes ses conséquences.

**1165.** L'acquéreur ne devrait-il pas être admis, de son côté, à demander la nullité de la vente faite à son profit? La négative est certaine pour le cas où il a connu l'origine du bien et la qualité de l'envoyé (art. 1629). Et elle nous paraît encore vraie, quoique plus douteuse, dans le cas contraire, le cas de dol excepté (1). Si l'acquéreur est, en effet, autorisé à ne pas payer son prix, par suite de la menace d'éviction qui pèse sur lui (art. 1653), il ne peut pas arguer de nullité la vente qui lui a été faite, comme portant sur la chose d'autrui, dans l'impossibilité où il est de prouver l'existence de l'absent, propriétaire prétendu de cette chose. Dira-t-on, comme M. Demolombe (2), qu'il peut opposer à l'envoyé son défaut de pouvoir, « afin de sortir d'une situation incertaine qu'il n'a pas sciemment acceptée » ? D'abord telle est toujours la situation visée par l'art. 1653. Ensuite cette objection suppose que le caractère de chose d'autrui du bien vendu peut être établi, alors que justement il ne saurait l'être, puisque l'existence de l'absent ne peut être démontrée. Enfin n'est-elle pas étrange, venant de l'un de ceux qui refusent à l'envoyé le droit d'agir en nullité au nom de l'absent, puisque, dans cette opinion, ce que l'envoyé ne pourrait pas faire, parce qu'il est peut-être propriétaire, l'acquéreur, au contraire, le pourrait, par ce motif que le vendeur était sans pouvoir ? Cette contradiction de points de vue devient plus saisissante encore lorsque le savant auteur, pour établir que le créancier auquel une hypothèque a été constituée par l'envoyé, contrairement à l'art. 128, sur un immeuble de l'absent, n'a pas le droit de procéder à l'expropriation, écrit que « l'hypothèque n'est pas nulle actuellement, mais qu'elle n'est pas non plus actuellement valable » (3).

**1166.** Il faut encore déduire des principes posés que la

(1) Aubry et Rau, I, § 153, p. 930, n. 30. — Cpr. Rouen, 22 juil. 1840, précité.

(2) II, n. 137-A. — Cf. aussi Laurent, II, n. 182; Huc, I, n. 436; Fuzier-Herman, art. 128, n. 4 et 5.

(3) II, n. 137-B.

prescription des actions appartenant à l'absent, laquelle continue à courir contre lui s'il n'est pas dans un des cas d'exception prévus par l'art. 2251, se règle eu égard à sa personne, et non eu égard à celle des envoyés, sans distinction entre le temps qui a couru avant et le temps qui a couru après l'envoi en possession provisoire (1). On ne peut en effet se préoccuper, à ce point de vue, que de la condition personnelle du titulaire de l'action, et non de celle de l'administrateur de son patrimoine. Ainsi la prescription n'est pas suspendue au profit de l'absent majeur, quoique l'envoyé soit mineur, et réciproquement elle est suspendue au profit de l'absent mineur, quoique l'envoyé soit majeur.

La prescription doit se régler au contraire, à compter de l'envoi, d'après la condition personnelle des envoyés, dans l'opinion de ceux qui estiment que cet envoi donne lieu à une ouverture provisoire de la succession. Ils décident toutefois que, si l'absent venait à reparaître, la prescription serait censée avoir toujours couru contre lui, et que dès lors, en vue de cette éventualité, les envoyés ou les tiers sont admis à faire des réserves lorsqu'il serait pour eux préférable que la prescription fût réglée eu égard à la personne de l'absent (2). M. Demolombe va même jusqu'à penser que l'envoyé majeur, qui aurait laissé la prescription s'accomplir, pourrait obtenir du tribunal, dans l'intérêt éventuel de l'absent, des mesures conservatoires. Cette dernière solution montre combien arbitraire est la théorie qu'elle tempère; car enfin, si c'est contre l'envoyé lui-même que court la prescription, on ne voit pas au nom de quel principe le tiers qui a usucapé un bien de l'absent, même mineur, pourrait être obligé de souffrir l'application de mesures conservatoires qui diminueraient inévitablement le bénéfice de son acquisition.

**1167.** Les envoyés en possession qui ont la qualité d'héri-

(1) Duranton, I, n. 495; Laurent, II, n. 189; Huc, I, n. 438; Fuzier-Herman, art. 132, n. 10 et 11. — Rennes, 13 mars 1862, S., 62. 2. 193 et note, D., 62. 2. 177 et note. — Metz, 10 août 1864, S., 65. 2. 64, D., 64. 2. 211.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, art. 134, n. 2; Aubry et Rau, I, § 153, p. 929 et 930, n. 27 et 28; Demolombe, II, n. 139; Valette sur Proudhon, I, p. 289, note *a*, II; Delvincourt, I, p. 51, note 10; Marcadé, I, art. 134-IV, n. 458; Plasman, I, p. 212. — Req rej., 10 nov. 1824, S., 25. 1. 167, D., 25. 1. 36. — Cpr. Demante, I, n. 162 *bis*, V.

tiers réservataires peuvent-ils demander la réduction des donations entre vifs faites par l'absent au delà des limites de la quotité disponible ? La négative est admise par la doctrine, presque unanime sur ce point, et consacrée par la jurisprudence (1). D'une part, en effet, l'envoi ne comprend pas les biens déjà sortis du patrimoine de l'absent lors de sa disparition ou de ses dernières nouvelles et sur lesquels les envoyés peuvent avoir des droits subordonnés à son décès. D'autre part, le donataire attaqué par l'action en réduction répondrait victorieusement que le succès de la demande est subordonné à la preuve du décès du donateur, laquelle est par hypothèse impossible. Inutilement les envoyés répliqueraient-ils que l'absent est présumé mort au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, car cette prétendue présomption n'est écrite nulle part. Et fût-il prouvé, comme certains auteurs le soutiennent, qu'elle a été réellement consacrée par la loi, qu'elle n'aurait d'effet, ainsi qu'eux-mêmes en font la remarque, que relativement aux biens délaissés par l'absent. Elle ne permettrait donc pas aux envoyés d'exercer contre les tiers les droits et actions qui leur appartiendraient de leur propre chef, si le décès de l'absent était prouvé.

On observera, au surplus, que cette solution s'imposait au législateur, puisque l'envoi en possession n'avait pour objet que d'assurer la bonne gestion des biens laissés à l'abandon, et non pas, comme on l'a trop dit, de régler le sort provisoire de la succession de l'absent. On ne saurait donc reprocher aux rédacteurs du code civil, comme le fait M. Demolombe, de n'avoir pas « pensé à tous les intérêts que l'ouverture de la succession peut produire » et à ces « questions de rapport et réduction... très fréquentes en pareil cas ». La vérité est qu'il n'y avait pas à s'en occuper, du moment qu'il n'y avait point à pourvoir à l'administration des biens donnés par l'absent et qui se trouvaient dès lors dans le patrimoine d'une autre personne.

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 932, n. 35 et 36; Demolombe, II, n. 140; Laurent, II, n. 130; Huc, I, n. 438; Fuzier-Herman, art. 138, n. 6. — Caen, 24 fév. 1872, S., 72. 2. 241, D., 73. 2. 81, note de M. Garsonnet. — *Contra* : Demante, I, n. 157 *bis*, IV s. — Cpr. Planiol, III, n. 2478.

Encore moins est-on autorisé à conclure de ce prétendu oubli que le législateur a entendu, dans l'art. 120, opposer aux droits éventuels dont il est question dans l'art. 135 tous les biens qui appartenaient à l'absent lors de sa disparition ou de ses dernières nouvelles ou même qui étaient déjà sortis, par une donation, de son patrimoine. C'est cependant ce que fait M. Demante (1). Le législateur, d'après lui, ne se serait attaché qu'à « l'effet ordinaire de la mort », qui « n'opère, sauf les cas particuliers, que sur les biens de la personne morte..., mais non pas pour exclure les autres effets de la mort à certains égards présumée », de telle sorte qu'il faudrait, à son sens, « étendre l'application de l'art. 123 généralement à tous les droits auxquels la mort de l'absent donnerait ouverture ». Mais cette opinion s'écarte par trop du texte très clair de l'art. 120, modifie absolument, par une interprétation des plus libres, le caractère de l'envoi en possession tel qu'il résulte des dispositions légales, et sacrifie trop volontiers le droit certain des tiers au droit hypothétique des envoyés. Aussi est-elle demeurée isolée. Elle méritait d'autant plus de le rester qu'elle méconnaît, sans motifs valables, le principe d'après lequel toute personne qui veut exercer un droit subordonné au décès d'une autre est tenue de prouver ce décès.

Il va de soi d'ailleurs que les libéralités testamentaires et les donations de biens à venir faites par l'absent ne peuvent s'exécuter que dans les limites de la quotité disponible. En effet les héritiers présomptifs sont parfaitement fondés à demander, non pas à proprement parler qu'elles soient réduites, mais bien plutôt que les légataires et les donataires ne soient placés, par l'envoi même, que dans la situation où les placerait le décès de l'absent (2).

**1168.** Des principes qui viennent d'être exposés il résulte encore que, pendant l'envoi en possession provisoire :

1° Le donateur d'un bien donné à l'absent avec stipulation du droit de retour, l'appelé à une substitution dont il est

(1) I, n. 157 *bis*, VI.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, n. 36 ; Demante, I, p. 244, note 1 ; Huc, I, n. 438 ; Fuzier-Herman, art. 138, n. 7.

grevé, sont obligés de respecter les aliénations ou les constitutions de droits réels consenties sur ces biens par l'absent (1).

2° Le nu-propriétaire d'un bien dont l'absent est usufruitier est obligé de respecter ces mêmes aliénations ou constitutions de charges réelles.

Toutes ces personnes, en effet, ne pourraient être admises à considérer ces actes comme résolus, comme ils le seraient par le décès de l'absent, que si elles étaient autorisées par l'envoi, ce qui n'est pas, à exercer contre les tiers eux-mêmes les droits subordonnés à ce décès.

**1169.** Il suit des mêmes principes, selon nous, que les créanciers chirographaires de l'absent peuvent poursuivre leur paiement non seulement sur ceux de ses biens en possession desquels ont été envoyés ses héritiers présomptifs, mais aussi sur ceux qui ont été attribués à un donateur sous condition de retour, à l'appelé à une substitution, ou à un nu propriétaire (2). En effet les envoyés, quels qu'ils soient, ne sauraient avoir contre les tiers plus de droits que l'absent n'en avait lui-même : or ce serait leur en accorder davantage, et, en même temps, leur permettre d'opposer aux tiers les droits que leur confère seule l'ouverture de la succession de l'absent, que de leur reconnaître la faculté de soustraire aux poursuites de ses créanciers les biens sur lesquels ils ont des droits subordonnés à son décès.

Inutilement prétend-on, au soutien de l'opinion opposée, que « l'envoi en possession ne résout alors aucun droit réel au préjudice des tiers ». Car peu importe qu'il s'agisse d'un droit personnel ou réel : les tiers ne sauraient en aucun cas souffrir de cet envoi, quel que soit leur titre. Plus vainement encore observe-t-on que les créanciers chirographaires ne sont que les ayants cause de l'absent et que, comme tels, les envoyés ont contre eux les droits qu'ils ont contre lui. La remarque est vraie, sans doute, en ce sens que le titre des envoyés est opposable à ces créanciers comme à l'absent lui-

(1) Aubry et Rau, I, § 153, p. 933, n. 38 ; Demolombe, II, n. 141 et 142. — *Contra :* Demante, I, n. 157 *bis,* IV s.

(2) Duranton, I, n. 483. — *Contra :* Demolombe, II, n. 143.

même ; mais on ne saurait nullement conclure que les biens que l'envoi leur fait attribuer échappent au droit de gage de ces derniers. Ils ne pourraient lui échapper que si les envoyés étaient placés, par l'envoi, dans la situation où les mettrait le décès de l'absent lui-même, c'est-à-dire si les envoyés étaient admis, ce qui n'est pas, à opposer aux tiers tous les droits qui leur seraient opposables si ce décès était prouvé. Nous n'admettons donc pas la dérogation qu'apporte M. Demolombe, de son propre aveu, en soutenant une opinion contraire à la nôtre, au principe qu'il a lui-même parfaitement établi.

**1170.** Enfin, par une dernière application de notre principe, l'envoi provisoire n'autorise pas par lui-même (et réserve faite de l'application de l'art 1871 C. civ.) les associés de l'absent à considérer la société dont il était membre comme dissoute, sous ce prétexte, qu'il est légalement présumé mort. Cette dissolution ne peut résulter que de la preuve de son décès ; et il ne doit pas plus être permis aux tiers de se prévaloir de l'absence contre les envoyés, pour exercer contre eux des droits subordonnés à ce décès, qu'il ne l'est aux envoyés de s'en prévaloir dans le même but contre les tiers (1).

**1171.** A plus forte raison la preuve de ce décès doit-elle être exigée de toute personne qui prétendrait exercer sur le patrimoine d'une autre des droits subordonnés au décès de l'absent (2).

### N° 7. Des événements qui mettent fin à l'envoi en possession provisoire.

**1172.** La possession provisoire prend fin :

1° Par le retour de l'absent ;

2° Par la réception de ses nouvelles : « *Si l'absent reparaît, ou si son existence est prouvée pendant l'envoi provisoire, les effets du jugement qui aura déclaré l'absence cesseront, sans préjudice, s'il y a lieu, des mesures conservatoires prescrites au chapitre 1er du présent titre, pour l'administration de ses biens.* » Art. (131).

(1) Demolombe, II, n. 144 ; Huc, I, n. 422 ; de Moly, n. 735.

(2) Aubry et Rau, I, § 153, p. 932 et 933, n. 37 ; Demolombe, II, n. 140. — Civ. rej., 23 janv. 1865, S., 65. 1. 69, D., 65. 1. 13 et note. — Cf. *supra*, n. 1100 *bis*.

Dans ces deux premiers cas, les envoyés cessent d'avoir droit aux fruits pour l'avenir, et sont tenus de restituer à l'absent ou à son représentant tous ses biens, augmentés, s'il y a lieu, de la portion de revenus déterminée par l'art. 127. En un mot, l'envoi en possession provisoire et la déclaration d'absence qui l'a précédé cessent de plein droit de produire leurs effets; mais le juge peut ordonner, s'il est nécessaire, les mesures que comporte la présomption d'absence (1).

**1173.** Les nouvelles reçues de l'absent doivent-elles toujours avoir ce résultat, quelle qu'en soit la date? Cette question, examinée par de rares auteurs, ne laisse pas d'être délicate.

On observera d'abord que l'art. 131 prévoit, non pas précisément le cas où l'on a reçu des nouvelles de l'absent, mais celui où « son existence est prouvée pendant l'envoi provisoire ». Ce texte ne doit certainement pas être interprété en ce sens que *l'existence de l'absent pendant cet envoi* doit être établie pour que celui-ci prenne fin : il suffirait, sans aucun doute, pour que cet effet se produisît, que la date de ces nouvelles ne fût pas antérieure de plus de quatre ans à celle de la déclaration d'absence, puisqu'elles démontreraient que c'est à tort que celle-ci est intervenue.

Mais en est-il de même lorsque leur date est vieille de plus de quatre années? Ainsi l'absence a été déclarée le 2 janvier 1895, alors que la disparition s'était produite le 2 janvier 1885, et on reçoit quelques jours plus tard des nouvelles portant la date de 1886 : la possession provisoire doit-elle finir à raison de ce seul fait? A cause de son invraisemblance, la loi ne l'a pas prévu. Néanmoins, tous les auteurs qui étudient la difficulté décident que la survenance de nouvelles après la déclaration d'absence, si peu fraîches soient elles, met fin à l'envoi, lors même que, reçues avant cette déclaration, elles n'y auraient pas fait obstacle; il ne pourrait y avoir lieu, d'après eux, en cette hypothèse, qu'à une nouvelle déclaration et à un nouvel envoi en possession (2).

(1) Aubry et Rau, I, § 154, p. 933, n. 1; Demolombe, II, n. 190; Laurent, II, n. 199; Huc, I, n. 441; Beudant, I, n. 192; Plasman, I, p. 115 s.; de Moly, n. 874 s.

(2) Demolombe, II, n. 190; Demante, I, n. 173 *bis*. — Cpr. Huc, I, n. 441; Fuzier-Herman, art. 131, n. 1.

Cette solution, très rigoureuse, ne nous paraît nullement fondée. Elle est d'abord d'une injustifiable sévérité lorsque les nouvelles reçues en dernier lieu (en 1895, par exemple) étaient antérieures par leur date (1886) à d'autres nouvelles déjà reçues (en 1887, si on le veut) et que le juge, par hypothèse, a parfaitement connues; l'opinion que nous combattons devrait donc tout au moins faire une réserve pour les cas de cette nature. Mais, même prise dans sa généralité, elle nous paraît fausse. En effet on ne saurait la justifier en disant, comme M. Demolombe, que « les nouvelles reçues depuis la déclaration d'absence ont prouvé que l'absent existait encore à l'époque de ce jugement », car le savant auteur suppose très gratuitement que ces nouvelles sont, par leur date, postérieures à la déclaration, alors qu'elles pourraient très bien être antérieures. En d'autres termes, il paraît se placer dans l'unique hypothèse où les dernières nouvelles, postérieures à la déclaration, remontent à plus de quatre ans, à l'époque où on les reçoit; et son opinion est alors évidemment seule soutenable, puisque la déclaration d'absence devrait également cesser ses effets si les nouvelles reçues n'étaient pas antérieures à celle-ci de plus de quatre ans. Mais nous nous plaçons quant à nous, avec M. Demante, semble-t-il, dans le cas même où ces nouvelles peuvent être encore plus anciennes, et nous ne croyons pas alors, contrairement à l'opinion de ce jurisconsulte, que leur survenance doive faire tomber l'effet de la déclaration. Dira-t-on que les dernières nouvelles peuvent transférer à d'autres personnes que celles qui l'ont déjà obtenu le droit de demander l'envoi? Sans doute; mais il n'est nullement nécessaire, pour qu'elles fassent valoir ce droit à l'exclusion des envoyés, que l'absence soit à nouveau déclarée : il leur suffit d'exercer contre ces derniers l'action dont il sera parlé plus loin (1).

En somme, l'opinion de MM. Demolombe et Demante est vraie dans le cas, qu'ils ont insuffisamment précisé, où les nouvelles sont, par leur date, postérieures à la déclaration d'absence; même elle nous paraît alors incontestable. Elle

(1) Cf. *infra*, n. 1249 s.

nous semble encore vraie lorsque leur date ne remonte pas au delà de quatre ans avant cette déclaration. Nous la repoussons en toute autre hypothèse.

**1174.** 3° Par le décès prouvé de l'absent : « *La succession* » *de l'absent sera ouverte du jour de son décès prouvé, au* » *profit des héritiers les plus proches à cette époque ; et ceux* » *qui auraient joui des biens de l'absent, seront tenus de les* » *restituer, sous la réserve des fruits par eux acquis en vertu* » *de l'art. 127.* » (Art. 130). On règle alors définitivement la succession de l'absent, en se reportant à l'époque de son décès. De là il résulte que les envoyés en possession provisoire peuvent avoir à restituer les biens de l'absent à ceux qui, n'étant pas ses héritiers présomptifs lors de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, avaient cette qualité lors de son décès prouvé, et qu'une restitution analogue peut être imposée, au profit des héritiers, aux successeurs des personnes qui ont exercé des droits subordonnés au décès de l'absent, lorsque ces droits (droits du légataire, du donataire de biens à venir, de l'appelé à une substitution et du donateur sous condition de retour) sont devenus caducs par le prédécès de celles-ci. Il y a donc lieu de déterminer successivement les rapports avec les véritables héritiers : 1° des envoyés qui avaient la qualité d'héritiers présomptifs ; 2° de tous les autres envoyés.

**1175.** 1° *Rapports des envoyés qui avaient la qualité d'héritiers présomptifs avec les véritables héritiers.* — L'action par laquelle les héritiers les plus proches de l'absent au jour de son décès prouvé demandent aux envoyés la restitution des biens faisant partie de sa succession, est, d'après la généralité des auteurs, l'action en pétition d'hérédité proprement dite. Ils l'exercent, en effet, en qualité d'héritiers, et, quoi qu'on ait dit (1), contre des personnes qui, si elles n'ont réellement pas cette qualité, ne possèdent néanmoins les biens de l'absent que parce qu'elles étaient ses héritiers présomptifs au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles. Toutefois ce fait que les envoyés ne prétendent pas à la qualité d'héritiers de l'absent et qu'ils possèdent en vertu d'un titre, l'envoi

(1) Huc, I, n. 441.

en possession provisoire, dont les effets ont été déterminés par la loi, nous paraît donner à cette pétition d'hérédité une nature particulière.

**1176.** Cette nature se révèle d'abord dans ses résultats, car, par cette action, les successeurs de l'absent ne peuvent exercer que les droits qu'eût pu exercer lui-même l'absent de retour. Par suite les envoyés sont autorisés à garder les fruits produits par ses biens dans la mesure et seulement dans la mesure indiquée par l'art. 127 (1), sans distinguer entre les fruits produits avant et ceux produits après le décès, sans distinguer non plus entre le cas où ils ont connu et celui où ils ont ignoré ce décès. En d'autres termes, l'art. 127 nous paraît régir, au point de vue de la restitution des fruits, les rapports des envoyés et des héritiers aussi bien que les rapports de l'absent de retour et des envoyés.

Cette proposition est d'abord difficilement contestable lorsque les envoyés n'ont pas connu la mort de l'absent, car on ne saurait, sous prétexte qu'ils sont de bonne foi, les autoriser à conserver tous les fruits perçus depuis cette époque, alors que leur titre même les obligeait à en restituer une portion, à moins que l'absence n'ait duré trente ans. Donc, dans ce premier cas, il faut certainement écarter la règle de la pétition d'hérédité d'après laquelle l'héritier apparent de bonne foi a droit à tous les fruits.

Mais il faut également l'écarter, selon nous, lorsque les envoyés ont appris le décès de l'absent. M. Demolombe (2), il est vrai, les traite alors comme des héritiers apparents de bonne ou de mauvaise foi, suivant qu'ils ont cru ou non qu'ils étaient les héritiers les plus proches encore au moment du décès. Mais le savant auteur ne saurait évidemment parler, quoiqu'il ne précise pas, des fruits perçus avant cet événement, sans quoi sa décision serait absolument contraire au texte formel de l'art. 130. Celle-ci ne saurait donc s'entendre que des fruits perçus après le décès, et dans cette mesure

(1) Cpr. Demolombe, II, n. 195; Duranton, I, n. 497; de Moly, n. 485. — *Contra :* Toullier, I, n. 433. — Civ. cass., 30 août 1820, S., 20. 1. 442, D., *Rép.*, v° *Absence*, n. 332. — Agen, 16 avril 1822, S., 23. 2. 65, D., *verb. cit.*, n. 327.

(2) II, n. 195. — Cf. aussi Demante, I, n. 177 *bis*, III.

elle est soutenable. On peut dire en effet, à son appui, que, la mort de l'absent ayant mis fin au titre des envoyés qui ne sont pas ses successeurs à cette date, ils sont désormais dans la situation de personnes qui possèdent une hérédité à laquelle elles ne sont pas appelées, et que dès lors ils ont droit à tous les fruits s'ils sont de bonne foi, de même qu'ils n'en peuvent retenir aucune portion s'ils sont de mauvaise foi. Et toutefois cette distinction, très juridique, entre les différents fruits, n'est-elle pas contraire à la généralité des termes de l'art. 130?

**1177.** D'autre part, c'est d'après les règles qui gouvernent les rapports de l'absent et des envoyés, et non d'après celles de la pétition d'hérédité, qu'il faut apprécier le sort des actes faits par ces derniers jusqu'au jour où ils ont eu connaissance du décès de l'absent.

**1178.** L'action en pétition d'hérédité qui appartient aux héritiers de l'absent est prescriptible par trente ans (art. 2262). Mais quel est le point de départ de cette prescription, qui peut d'ailleurs être suspendue ou interrompue conformément au droit commun? De graves divergences existent à cet égard en doctrine.

D'après les uns (1), cette prescription ne peut courir que du jour de l'envoi en possession définitif, par ce motif que l'envoyé provisoire, n'étant qu'un dépositaire, ne peut pas prescrire contre le véritable héritier (art. 2236).

D'après les autres (2), cette prescription court à compter du décès de l'absent; mais cette solution est justifiée par ses partisans de façons très différentes. Certains, comme M. Demolombe, observent en sa faveur que l'envoyé n'est détenteur précaire « qu'envers l'absent et ceux qui viennent de son chef », et qu'à l'égard des autres il possède *animo domini;* que de plus le décès de l'absent transforme l'envoyé en possesseur d'une hérédité ouverte. D'autres, comme M. Laurent, se fondent sur ce que, d'après eux, trente ans après l'ouver-

(1) De Moly, n. 703.

(2) Demolombe, II, n. 193; Duranton, I, n. 531; Valette sur Proudhon, I, p. 333, note *a;* Laurent, II, n. 244; Huc, I, n. 441. — Cpr. Demante, I, n. 176 *bis*, II; Fuzier-Herman, art. 130, n. 4.

ture de la succession le droit héréditaire des héritiers les plus proches est prescrit (art. 789). En d'autres termes, dans cette seconde opinion, la prescription de l'action des héritiers est acquisitive pour les uns, extinctive pour les autres.

Nous ne saurions, quant à nous, accepter aucun des systèmes en présence, du moins dans les termes où ils sont présentés et avec les arguments qui servent à les défendre : le premier, parce qu'il repose sur cette idée, inexacte à nos yeux, que la prescription de l'action en pétition d'hérédité est acquisitive ; le second, soit parce que cette prescription conserve le même caractère dans l'opinion de M. Demolombe et que d'ailleurs les envoyés n'ont, à notre avis, envers personne, la qualité de propriétaires ; soit parce que, s'il s'agit, dans l'opinion des autres auteurs, comme nous le pensons, d'une prescription extinctive, du moins ne peut-on pas dire qu'il s'agit de la prescription du droit héréditaire, car nous n'admettons pas que la prescription régie par l'art. 789 soit celle de ce droit (1). C'est bien, à notre sens, l'action en pétition d'hérédité des héritiers les plus proches de l'absent qui est éteinte ici par la prescription extinctive, dont le délai court, conformément au droit commun, du jour même où la succession s'est ouverte, et pas seulement du jour où le défendeur est entré en possession. En d'autres termes, nous appliquons de tous points à notre difficulté les règles posées au *Traité des successions* en ce qui concerne la pétition d'hérédité (2).

**1179.** Ces règles sont d'ailleurs applicables aux enfants et descendants de l'absent comme à toutes autres personnes (3). En effet il n'y a pas lieu d'étendre au cas où ils intentent l'action en pétition d'hérédité proprement dite la disposition de faveur de l'art. 133, écrite seulement pour l'hypothèse où ils forment une action « utile » en pétition d'hérédité ou mieux une action en pétition de la possession de l'hérédité. Certains auteurs (4) sont pourtant d'une opinion contraire et pensent que la prescription ne court à l'égard des descendants de

(1) Cf. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des successions*, 3e édit., 1905, II, n. 1883 s.
(2) Cf. *op. cit.*, I, n. 902 s., et notamment n. 903 et 907.
(3) Cpr. Demolombe, II, n. 194 ; Marcadé, I, art. 133-II, n. 449.
(4) Duranton, I, n. 512 ; Proudhon et Valette, I, p. 332.

l'absent que du jour de l'envoi en possession définitif, les termes de l'art. 133, disent-ils, étant « trop absolus pour qu'il soit permis d'en soumettre l'application à une distinction quelconque ». Mais, d'une part, il a été expliqué, dans l'exposé des motifs de cette disposition, que ces descendants se prévalaient alors uniquement de cette qualite, et non de la mort de l'absent, pour demander ses biens à ceux qui les possédaient; et, d'autre part, c'est ce qui ressort également du lien existant entre ce texte et l'art. 132, absolument étranger à l'hypothèse où l'action en pétition d'hérédité est exercée contre les envoyés. Il y a mieux : la preuve que l'art. 133 est en l'espèce entièrement inapplicable, c'est que la restitution qu'il ordonne doit se faire « comme il est dit en l'article précédent », c'est-à-dire que les descendants doivent reprendre les biens en l'état où ils se trouvent. Or telle ne saurait être évidemment leur situation lorsqu'ils forment une pétition d'hérédité pendant l'envoi en possession provisoire. Car, si leur action n'est pas prescrite, ils peuvent se faire restituer les biens par les envoyés dans l'état où ils auraient dû être rendus à l'absent lui-même, conformément aux règles déjà exposées, et non pas à la disposition bien moins favorable de l'art. 132.

**1180.** 2° *Rapports des héritiers avec les personnes ayant exercé des droits subordonnés au décès de l'absent.* — S'il ressort de la preuve du décès de l'absent que ces personnes étaient mortes avant lui, et si leur droit est devenu caduc par ce prédécès (droit du légataire, de l'appelé à une substitution du donataire de biens à venir et du donateur au profit duquel existait un droit de retour), leurs successeurs doivent naturellement restituer aux héritiers les biens sur lesquels portait ce droit, sous réserve de la portion des fruits qui leur est acquise. Si le nu propriétaire du bien dont l'absent était usufruitier ou ses successeurs ne sont, en aucun cas, tenus de restituer le bien grevé, puisque la mort a mis fin à l'usufruit, du moins doivent-ils restituer aux héritiers la portion des fruits, produits avant son extinction, qui ne leur est pas acquise aux termes de l'art. 127 (1).

(1) Demolombe, II, n. 198.

**1181.** 4° Enfin la possession provisoire cesse par l'envoi en possession définitif, dont il sera traité ultérieurement.

Mais il ne semble pas qu'elle pût cesser par la volonté des envoyés, qui entendraient renoncer à son bénéfice : quoique simples administrateurs, il paraît bien qu'ils ne sauraient plus se soustraire à la charge qu'ils ont assumée, en demandant à exercer un droit subordonné au décès de l'absent, et sur l'exercice duquel il ne doit pas plus leur être permis de revenir que si l'absent était réellement mort (1).

II. *Des effets de l'absence quant aux conventions matrimoniales de l'absent, et des droits du conjoint présent.*

**1182.** Aux termes de l'art. **124** : « *L'époux commun en* » *biens, s'il opte pour la continuation de la communauté, pourra* » *empêcher l'envoi provisoire, et l'exercice provisoire de tous* » *les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent, et* » *prendre ou conserver par préférence l'administration des* » *biens de l'absent. Si l'époux demande la dissolution provi-* » *soire de la communauté, il exercera ses reprises et tous ses* » *droits légaux et conventionnels, à la charge de donner cau-* » *tion pour les choses susceptibles de restitution. — La femme,* » *en optant pour la continuation de la communauté, conser-* » *vera le droit d'y renoncer ensuite.* »

L'absent était marié sous le régime de communauté ; son conjoint est présent ; l'absence est déclarée : telle est l'hypothèse prévue par cette disposition. Si elle n'existait pas, on appliquerait la règle qui sert de base à l'envoi en possession provisoire ; la communauté serait donc provisoirement considérée comme dissoute au jour du départ ou des dernières nouvelles de l'absent (arg. art. 1441-1°), et liquidée d'après son état à cette époque. Et, après que le conjoint présent aurait été admis à exercer provisoirement ses droits, la part de communauté revenant à l'absent et tous ses biens personnels seraient provisoirement attribués à ses héritiers présomptifs au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles et à tous

(1) Cpr. Demante, I, n. 168 *bis*, VII

autres ayant des droits subordonnés à son décès (art. 120 et 123).

Le conjoint présent peut accepter ce résultat, s'il le juge à propos. Mais la loi lui permet de l'écarter en optant pour la continuation de la communauté, auquel cas celle-ci est provisoirement considérée comme existant encore, et il conserve ou prend l'administration des biens qui la composent ainsi que des biens personnels de l'absent qui en étaient exclus.

**1183.** L'époux présent, commun en biens, a donc un droit d'option entre la dissolution provisoire et la continuation provisoire de la communauté. En effet, cet époux restant engagé dans les liens du mariage tant que le décès de l'absent n'est pas prouvé (art. 139 et 227), la justice exigeait qu'il pût demander le maintien de ses conventions matrimoniales. Puisqu'on lui oppose son mariage comme faisant obstacle à la création d'un nouveau lien, il doit pouvoir l'invoquer en tant qu'il est pour lui la source d'avantages pécuniaires. En second lieu, le droit certain du conjoint présent doit être préféré au droit incertain et précaire des personnes appelées à demander l'envoi. L'absence ne porte, d'ailleurs, aucune atteinte aux effets des contrats passés par l'absent, et ils sont opposables à ceux qui ont des droits subordonnés à son décès, comme ils sont admis à s'en prévaloir : pourquoi donc les conventions matrimoniales feraient-elles exception à cette règle ? Enfin l'option de l'époux présent pour la continuation de la communauté a pour résultat de concentrer dans ses mains l'administration de tous les biens de l'absent, qui sans cela serait peut-être divisée entre de nombreux ayant-droit, au grand préjudice des intérêts de ce dernier. Voilà plus de raisons qu'il n'en faut pour justifier le droit d'option accordé au conjoint présent marié sous le régime de la communauté (1).

**1184.** Ce qui peut plutôt surprendre, c'est que la loi ait limité sa faveur au cas où l'époux présent est commun en biens, car il y avait les mêmes raisons pour la lui accorder dans tous les cas. Quel que soit son régime matrimonial, l'époux présent peut avoir intérêt à son maintien provisoire.

(1) Demolombe, II, n. 272; Laurent, II, n. 201; Planiol, III, n. 1208.

Ainsi le mari dont la femme est déclarée absente peut avoir intérêt à la continuation de ce régime, alors qu'il lui donne, comme le régime dotal, le droit de jouir de tous les biens dotaux de celle-ci (art. 1549), ou, comme le régime exclusif de communauté, le droit de jouir de tous ses biens (art. 1530). Même lorsque les époux sont mariés sous le régime de la séparation de biens, ne peut-on pas dire que l'époux présent a encore intérêt au maintien de celui-ci, afin que son conjoint continue à contribuer, pour la part qui a été fixée au contrat, aux charges du ménage ?

Il est pourtant impossible, vu le caractère exceptionnel et tout de faveur de la disposition dont il s'agit, de l'étendre en dehors du cas prévu par la loi, quelques regrets qu'on en éprouve. L'accord est sur ce point unanime en doctrine, et c'est tout au plus si quelques rares auteurs ont tenté, mais vainement, de justifier la différence faite par l'art. 121 entre la communauté et les autres régimes (1).

**1185.** Mais, s'il ne faut pas étendre cette disposition au delà de ses vraies limites, il ne faut pas non plus trop en restreindre la portée. Elle doit donc être appliquée, la loi parlant d' « époux commun en biens », toutes les fois qu'il y a communauté de biens entre les époux, quelle que soit l'étendue de celle-ci; non seulement, par suite, lorsqu'ils sont mariés sous le régime de la communauté légale ou conventionnelle, quelles que soient les parts qu'assigne à chacun d'eux le contrat de mariage, mais aussi lorsqu'ils sont mariés sous le régime dotal avec société d'acquêts (art. 1581) (2).

**1186.** Tels sont les seuls cas dans lesquels l'époux présent ait le droit d'option dont les deux termes vont être étudiés. Mais quand et comment peut-il l'exercer ?

La loi suppose qu'il l'exerce avant que l'envoi provisoire n'ait été accordé (argument des mots « empêcher l'envoi pro-

(1) Cpr. Demolombe, II, n. 272-275; Proudhon, I, p. 314; Duranton, I, n. 451 et 452; Demante, I, n. 158 *bis*, I et II; Laurent, II, n. 202; Huc, I, n. 423; Beudant, I, n. 191; Planiol, III, p. 156, note 1; de Moly, n. 553 s.

(2) Aubry et Rau, I, § 155, p. 934 et 935, n. 1 et 2; Demolombe, II, n. 276; Toullier, I, n. 467; Duranton, I, n. 450; Demante, I, n. 158 *bis*, II; Laurent, II, n. 201; Huc, I, n. 423; Plasman, I, p. 275; Talandier, p. 167; de Moly, n. 561; Fuzier-Herman, art. 124, n. 1.

visoire ») (1), et c'est, en effet, ce qui arrivera le plus souvent. Mais supposer n'est pas disposer, et on est d'accord pour décider que, la loi n'ayant fixé aucun délai au conjoint, il peut exercer son droit même après l'envoi provisoire et faire ainsi cesser celui-ci, à la condition toutefois qu'il n'y ait pas renoncé d'une façon quelconque, par exemple, suivant l'hypothèse de Demante (2), « par une adhésion à l'exercice des droits subordonnés au décès », ou bien encore en laissant passer le délai qui lui aurait été imparti par le juge, pour se prononcer, à la demande des personnes ayant droit à l'envoi (3).

**1187.** La loi n'indique pas non plus la forme en laquelle doit être exercé le droit d'option, et de là il résulte en principe qu'aucune forme particulière n'est requise. Il suffit que l'époux manifeste sa volonté d'une manière quelconque, même tacitement (4). Il n'est donc pas tenu de se faire donner acte en justice de son option, comme l'y invite Demante (5), et de se faire autoriser à prendre ou à conserver l'administration. Toutefois il semble que la femme doive, à raison de son incapacité, être autorisée par justice lorsqu'elle opte pour la continuation de la communauté. Et il paraît bien aussi que l'époux qui n'opte qu'après que l'envoi provisoire a été prononcé doit former tierce opposition au jugement pour en arrêter les effets.

Ces principes posés, il faut étudier les effets de l'option de l'époux présent pour la dissolution ou pour la continuation de la communauté.

1er Cas. *Option de l'époux présent pour la dissolution provisoire de la communauté.*

**1188.** L'envoi en possession provisoire est alors prononcé au profit des ayant-droit et notamment de l'époux présent. La communauté est réputée dissoute à partir du jour de la

(1) Cf. Laurent, II, n. 203.
(2) I, n. 167 *bis*, IV. — Cf. Huc, I, n. 430.
(3) Cf. cep. Planiol, III, n. 1208.
(4) Huc, I, n. 424 et 428.
(5) I, n. 167 *bis*, III.

disparition ou des dernières nouvelles de l'absent et provisoirement liquidée d'après son état à cette époque (1), sauf toutefois à tenir compte des actes faits jusqu'à la date de l'envoi par l'époux présent dans les limites de ses pouvoirs. L'époux présent exerce en conséquence, à titre provisoire, tant sur les biens communs que sur les biens propres de l'absent, « tous ses droits légaux et conventionnels ».

1° Tous ses droits légaux : il a donc droit à la reprise de ses propres, au paiement des indemnités ou récompenses qui lui sont dues par la communauté, et à sa moitié des biens communs. La femme présente a droit de plus aux avantages que lui confère l'art. 1465. Enfin l'époux présent peut réclamer sur les biens propres de l'absent et sur la part de celui-ci dans la communauté, mais alors comme héritier ou comme époux, et non plus comme commun en biens, le droit d'usufruit ou la pension alimentaire que la loi du 9 mars 1891 accorde au conjoint survivant (2).

2° Tous ses droits conventionnels, c'est-à-dire qui résultent des stipulations de son contrat de mariage. Ainsi l'époux peut, à titre provisoire, réclamer le bénéfice des donations que l'absent lui a faites sous condition de survie (3), exercer le droit de préciput que son contrat lui accorde, ou le droit qui y est stipulé de prendre une part de la communauté plus forte que la moitié, ou celui de reprendre son mobilier, s'il s'agit de la femme qui renonce à la communauté, etc.

En termes généraux, l'époux présent exerce tous les droits qu'il exercerait lors de la dissolution de la communauté survenue par la mort de l'absent, et il les exerce à titre d'envoyé en possession provisoire.

**1189.** Mais les exerce-t-il absolument de la même façon que tout autre envoyé ? La loi ne s'est expliquée à cet égard que sur un point. D'après l'art. 124, en effet, l'époux présent

(1) Aubry et Rau, I, § 155, p. 935, n. 4; Demolombe, II, n. 293; Planiol, III, n. 1207; Fuzier-Herman, art. 124, n. 12 s. — Douai, 13 janv. 1865, S., 66. 2. 61. — Cpr. Demante, I, n. 165 et 165 *bis*.

(2) Huc, I, n. 428; Planiol, III, n. 1215.

(3) Orléans, 25 juin 1835, S., 35. 2. 355, D., 35. 2. 129. — Cf. Huc, *loc. cit.*; Planiol, *loc. cit.*

est tenu « de donner caution pour les choses susceptibles de restitution ». C'est une garantie exigée de tous les envoyés, et qui a ici pour but de sauvegarder les droits éventuels de l'absent ou de ses représentants, pour le cas où il serait démontré que la dissolution de la communauté ne s'est pas produite, et partant que sa liquidation n'aurait pas dû être faite, au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles.

La femme doit donc donner caution pour tout ce qu'elle prend, même pour ses biens personnels, du moins pour l'usufruit, à l'exception toutefois de ceux dont son mari n'avait pas l'administration et la jouissance. Car, sauf cette réserve, elle devra tout restituer à son mari, s'il reparaît (1).

Quant au mari, il doit certainement caution pour les biens qu'il prend en qualité de légataire de sa femme, de donataire de biens à venir de celle-ci (2), ou à titre de gain de survie; car il y aura lieu à la restitution de ces biens par les héritiers du mari, s'il vient à être prouvé que la femme lui a survécu. C'est donc faire un faux raisonnement que de dire, comme certains auteurs (3), que le mari ne doit pas caution pour les gains de survie, parce que, si la femme revient, les biens attribués comme tels au mari lui restent en sa qualité de chef de la communauté, et oublier que ses héritiers sont tenus de les rendre s'il est démontré qu'il est mort avant sa femme (4).

Il est non moins certain, et toute la doctrine admet (5), que le mari ne doit pas caution pour ses biens personnels, qu'il prélève lors de la liquidation provisoire. En effet, d'une part il ne peut être tenu en aucun cas à les restituer; et, d'autre part, son droit d'en disposer reste toujours le même, quelle que soit la situation de la femme, dont le retour ne modifierait en rien les pouvoirs qu'il avait en son absence.

**1190.** Enfin le mari ne doit pas non plus caution, suivant

(1) Demolombe, II, n. 298 et 299; Laurent, II, n. 215; Huc, I, n. 429.

(2) Aubry et Rau, I, § 155, p. 935, n. 3; Laurent, II, n. 215; Huc, I, n. 429. — Cpr. Demante, I, n. 166 *bis*, I.

(3) Laurent, II, n. 215.

(4) Demolombe, II, n. 298.

(5) Demolombe, II, n. 301; Valette sur Proudhon, I, p. 322, note *a*; Demante, I, n. 166 *bis*, I; Laurent, II, n. 215.

l'opinion la plus générale (1), pour la portion des biens communs qui lui est attribuée par le partage. En effet, dit-on, le retour même de la femme ne diminue pas le droit de disposition du mari relativement aux biens communs, et on saurait d'autant moins l'astreindre à fournir caution, en vue de cette éventualité, qu' « il lui suffit de répondre qu'il n'a plus les biens qu'on lui demande pour être dispensé de les rendre ».

Sous un double rapport, cette argumentation ne nous paraît nullement décisive. Car, d'un côté, le mari peut être obligé de restituer aux héritiers de la femme une portion des biens qui lui ont été attribués pour sa part, lorsqu'il est prouvé que la femme est décédée après l'époque à laquelle on s'est reporté pour la liquidation de la communauté et qu'il y a lieu dès lors à un nouveau partage. Celui-ci, en effet, pourra s'opérer d'une tout autre façon que le premier, à raison des changements survenus dans la composition de la communauté entre la date à laquelle elle avait été primitivement liquidée et celle du décès de la femme.

D'autre part, il est inexact que le mari puisse échapper à l'obligation de restitution dont il est tenu en alléguant seulement qu'il a disposé des biens qu'elle doit comprendre, car d'abord il a pu en disposer sans droit (art. 1422), et ensuite il doit établir qu'il en avait disposé légitimement avant le décès de la femme, à dater duquel son large pouvoir de disposition a cessé. Aussi M. Demolombe, quoique partisan de l'opinion générale, reconnaît-il que la caution « serait utile pour le cas où il serait prouvé qu'au moment du décès de la femme, le mari avait encore les biens » communs qu'on lui demande de restituer. Mais il suffit évidemment que cette caution puisse être utile dans un seul cas pour qu'elle soit due dans cette prévision ! Elle est due pour les choses susceptibles de restitution : or on vient d'établir que le mari peut être obligé de restituer une fraction des biens communs ; donc il est tenu de fournir caution de ce chef (2).

(1) Demolombe, II, n. 300 ; Proudhon, I, p. 323 ; Duranton, I, n. 470 ; Laurent, II, n. 215.

(2) Valette sur Proudhon, I, p. 323, note *a* ; Marcadé, I, art. 124-XIX, n. 400 et 401 ; Demante, I, n. 165 et 166 *bis*, I et II. — Cpr. Huc, I, n. 429.

**1191.** Telle est la seule garantie prise formellement par la loi contre l'époux présent qui opte pour la dissolution de la communauté : mais n'est-il pas soumis à toutes celles auxquelles sont assujettis les envoyés en possession ordinaires, et notamment à l'obligation de faire inventaire? Sur ce point encore la doctrine est partagée.

Une partie incline à décider qu'à cet égard l'époux présent est, malgré le silence de la loi, dans la situation des autres envoyés (1). En effet, observe-t-on, l'obligation de faire inventaire incombe, en règle générale, à tout administrateur du bien d'autrui, même à des administrateurs, comme le tuteur, dont on n'a pas cru devoir exiger caution. Et il y avait ici d'autant moins à faire exception à cette règle que l'inventaire est plus nécessaire encore que la caution, puisqu'il détermine seul l'étendue de l'obligation de restitution qui pèse sur l'époux.

Ces raisons sont graves, assurément; mais elles ne nous paraissent pas suffisantes, en présence du silence de l'art. **124**, et du texte de l'art. **126**, qui, en n'imposant la confection d'un inventaire qu'à l'époux qui opte pour la continuation de la communauté, semble bien par suite en dispenser celui qui opte pour sa dissolution. Ou l'argument *a contrario* ne saurait être jamais employé comme moyen d'interprétation, ou il a ici toute sa force, et une force d'autant plus grande que la loi paraît bien n'avoir voulu exiger qu'une seule garantie de l'époux présent, caution ou inventaire, suivant le parti qu'il prendrait (2). Au surplus, ainsi que le remarque M. Huc, la réception de la caution, à l'amiable ou en justice, permettra de préciser, approximativement tout au moins, la valeur des biens susceptibles de restitution, puisqu'il sera nécessaire de la connaître pour déterminer l'étendue de l'engagement de cette caution.

**1192.** Quant aux pouvoirs de l'époux présent sur les biens qui lui sont attribués, il convient, pour les déterminer, de distinguer suivant que ces biens sont ou non susceptibles de restitution.

(1) Demolombe, II, n. 297; Planiol, III, n. 1216.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 935, n. 3; Laurent, II, n. 216; Hue, I, n. 430. — Cf. *infra*, n. 1209.

S'ils sont susceptibles de restitution, ces pouvoirs sont ceux d'un envoyé en possession provisoire, c'est-à-dire d'un administrateur. L'obligation que la loi impose à l'époux de fournir caution prouve bien qu'elle le considère seulement comme un administrateur, et non comme un propriétaire. Tels seront donc toujours les pouvoirs de la femme (1), et, d'après nous, ceux du mari sur les biens qui composent sa part dans la communauté ou qu'il recueille à titre de legs, d'institution contractuelle ou de gain de survie. Ainsi nous n'admettons pas, contrairement à l'opinion de M. Demolombe (2), qui la présente pourtant comme incontestable, que le mari ait sur sa part de communauté « les mêmes droits qui lui appartiennent sur la communauté tout entière, lorsqu'il a opté pour la continuation ». Outre que la situation n'est plus la même, cette solution semble être une conséquence du système dans lequel, contrairement à notre avis, la part de biens communs attribuée au mari ne peut faire l'objet d'une restitution.

En effet, pour les biens qui ne sont pas susceptibles de restitution, il nous paraît que les pouvoirs appartenant à l'époux présent sont exactement les mêmes que ceux qui lui appartenaient avant la dissolution de la communauté. Car celle-ci n'a pu tout au plus influer que sur le droit de disposer des fruits produits par ces biens, et pas sur le droit de disposer de ces biens eux-mêmes et de les administrer. En d'autres termes, la femme présente conserve le droit d'administration qu'elle avait pu se réserver sur certains de ses biens par contrat de mariage, et le droit d'en disposer avec l'autorisation de justice, le mari étant absent. Et le mari conserve également sur ses biens propres son droit d'administration et de disposition (3).

**1193.** Enfin l'époux présent qui a opté pour la dissolution de la communauté gagne les fruits produits par les biens à lui attribués, dans la mesure déterminée par l'article 127, c'est-à-dire dans la même proportion que tout autre envoyé

(1) Demolombe, II, n. 302; Laurent, II, n. 217; Planiol, III, n. 1215.
(2) II, n. 302. — Cpr. Duranton, I, n. 470.
(3) Cpr. Laurent, II, n. 217; Marcadé, I, art. 124 XVIII, n. 398; Planiol, *loc. cit.*

en possession (1). Ce n'est pas à dire toutefois qu'il en conserve par lui-même dans tous les cas le profit exclusif. S'il est, en effet, démontré, par un événement quelconque (retour de l'absent, réception de nouvelles, preuve de son décès), que la communauté a duré, en droit, un certain temps après qu'elle avait été, en fait, provisoirement dissoute, l'époux présent est obligé de remettre en communauté, conformément aux règles de ce régime (art. 1401-2°), tous les fruits qu'il avait faits siens jusqu'au jour où celle-ci a définitivement cessé, et le surplus seul lui reste (2).

2e Cas. *Option de l'époux présent pour la continuation provisoire de la communauté.*

**1194.** Dans ce cas les conventions matrimoniales des époux sont provisoirement maintenues, et l'époux présent prend ou conserve l'administration des biens de l'absent. Cette option produit donc deux effets.

1° Elle empêche d'abord l'envoi provisoire qui aurait été prononcé au profit des héritiers et successeurs présomptifs de l'absent, et aussi l'exercice provisoire de tous les droits subordonnés à son décès, ou y met fin si elle ne se produit utilement qu'après cet envoi ou cet exercice.

Il est facile de justifier, par les considérations déjà exposées, la préférence accordée au conjoint présent sur les héritiers présomptifs de l'absent et même sur toutes les personnes dont le droit ne s'ouvre que tout autant qu'elles ont survécu à l'absent (légataires, héritiers contractuels, appelés à une substitution, etc.) : le droit certain du conjoint présent devait primer le droit incertain et éventuel de toutes ces personnes. Mais la loi mérite d'être critiquée en tant qu'elle préfère ce conjoint aux intéressés qui ont sur le patrimoine de l'absent des droits tout aussi certains que le sien : c'est le cas pour le nu propriétaire d'un bien dont l'absent était usufruitier. On

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 935, n. 3. — Cpr. Demolombe, II, n. 303, qui se réfère à cet égard aux règles qu'il a précédemment posées pour le cas de continuation de communauté.

(2) Demolombe, *loc. cit.*; Laurent, II, n. 218; Demante, I, n. 166 *bis*, III. — Cpr. Huc, I, n. 430.

s'explique difficilement alors que l'exercice des droits de cette nature puisse être paralysé, pendant un temps qui sera peut-être fort long, par l'option de l'époux présent pour la continuation de la communauté. On se l'explique même d'autant moins que l'incertitude qui règne sur l'existence de l'absent rend de plus en plus vraisemblable son décès à mesure qu'elle se prolonge, et par conséquent de plus en plus probables l'extinction de l'usufruit et la dissolution de la communauté (1).

**1195.** 2° Cette option autorise ensuite l'époux présent à « prendre ou conserver par préférence l'administration des biens de l'absent ». Cette administration est dite légale, parce qu'elle a son titre dans la loi.

L'époux présent « prend » l'administration des biens de l'absent qu'il n'administrait pas jusque-là, et à plus forte raison, quoique la loi ne le dise pas explicitement, celle de ses propres biens qui appartenait à l'absent. Le mari présent prend donc l'administration des biens propres de la femme qu'elle s'était réservée par son contrat de mariage, sous le régime de la communauté, ou de ses biens paraphernaux, sous le régime dotal avec société d'acquêts. C'est à tort que cette proposition a été contestée, car elle résulte à la fois du texte de l'art. 124, d'après lequel l'époux présent prend l'administration « des biens de l'absent », ce qui n'admet aucune distinction, et du désir de la loi de concentrer l'administration dans les mêmes mains (2).

La femme présente prend l'administration des biens personnels du mari, des biens communs et de ses biens propres, qu'il administrait. Cette proposition se justifie, en ce qui concerne les biens propres du mari, quel que soit le régime avec lequel coexiste une communauté, par les motifs qui viennent d'être exposés. On peut ajouter que la loi limite si peu aux biens communs le droit d'administration de l'époux présent, qu'elle ne parle que « des biens de l'absent », semblant ainsi

(1) Cpr. Demante, I, n. 167 *bis*, I ; Laurent, II, n. 205.

(2) Aubry et Rau, I, § 155, p. 935, n. 5 ; Demolombe, II, n. 277 ; Toullier, I, n. 462 et 467 ; Demante, I, n. 167 *bis*, II ; Planiol, III, n. 1211 ; Fuzier-Herman, art. 124, n. 2. — *Contra* : Marcadé, I, art. 124-XV, n. 392 s.

comprendre dans les mêmes expressions sa part de communauté et ses biens propres.

D'autre part, l'époux présent conserve l'administration des biens de l'absent qu'il avait déjà, et à plus forte raison, sans que la loi ait eu besoin de le dire, celle de ses propres biens que déjà il administrait. Le mari présent, car il ne peut être question que de lui, la femme n'administrant jamais ni les biens communs, ni les biens propres du mari, conserve donc l'administration des biens de communauté et des propres de sa femme.

**1196.** Mais quels sont les pouvoirs de l'époux présent sur les biens dont il prend ainsi ou conserve l'administration? La loi ne les a pas déterminés, du moins explicitement, car il est permis de voir une indication implicite dans les termes dont elle s'est servie. On peut dire en effet que, lorsque l'époux « conserve » l'administration, il la conserve telle quelle, et continue à l'exercer avec les mêmes pouvoirs qu'il avait déjà : son titre ne change pas et tous ses effets sont maintenus. En d'autres termes, l'époux présent reste comme tel ce qu'il était auparavant et ne devient pas un envoyé en possession provisoire. Lors, au contraire, qu'il « prend » l'administration, il ne peut invoquer aucun titre antérieur lui conférant des pouvoirs déterminés, aucun autre que le titre d'époux commun en biens, qui précisément, par hypothèse, ne lui en accordait aucun quant à cette administration. Si donc celle-ci lui est confiée, elle ne peut le lui être qu'à titre d'envoyé en possession provisoire et avec les pouvoirs seulement que confère cette qualité, car quel autre titre et quels autres pouvoirs seraient susceptibles de lui être reconnus? La loi eût pu, sans doute, accorder dans tous les cas à l'époux présent les pouvoirs d'un chef de communauté, mais elle ne l'a point fait, et dans son silence il n'appartient pas à l'interprète de le faire (1).

**1197.** Des principes ainsi posés se déduisent les conséquences suivantes :

1° La femme, relativement aux biens dont elle prend l'ad-

(1) Cpr. Demante, I, n. 168 et 168 *bis*, I; Planiol, III, n. 1211.

ministration, quels qu'ils soient, n'a pas d'autres pouvoirs que ceux d'un envoyé en possession provisoire. Elle aurait donc besoin de l'autorisation de la justice pour aliéner ou hypothéquer ces biens (art. 222 et 1427). Ainsi d'ailleurs l'a déclaré Bigot-Préameneu lui-même dans l'exposé des motifs (1). Comment au surplus la femme pourrait-elle avoir sur les biens communs ou sur ceux du mari plus de droits qu'elle n'en a sur les siens propres?

Mais la femme n'a pas besoin d'une autorisation spéciale pour chaque acte d'administration qu'elle veut accomplir. Cette exigence rendrait sa gestion impossible, et la loi l'y a du reste soustraite par cela seul qu'elle lui permet d'administrer. Enfin le jugement qui lui reconnaît l'administration l'autorise par cela même d'une manière générale à accomplir tous les actes qui en dépendent. Et toutefois une autorisation spéciale serait nécessaire à la femme dans le cas où elle voudrait ester en justice, même relativement à des actes d'administration (art. 223, 1538, 1576). — Tous ces points sont à peu près incontestés (2).

**1198.** 2° Le mari n'a également sur les biens de la femme dont il prend l'administration que les pouvoirs d'un envoyé en possession provisoire. Cette proposition est, elle aussi, au-dessus de toute discussion (3).

**1199.** 3° Le mari conserve sur les biens de la communauté tous les pouvoirs que lui confère sa qualité de chef de celle-ci (art. 1421 s.). Par suite il conserve le droit de disposer de ces biens, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit dans les limites fixées par l'art. 1422. C'est en ce sens que se prononce l'opinion générale (4). Vainement objecte-t-on que le mari

(1) Locré, *Lég.*, IV, p. 141, n. 25.

(2) Aubry et Rau, I, § 155, p. 936, n. 7-8; Demolombe, II, n. 284 et 285; Toullier, I, n. 469; Delvincourt, I, p. 51, note 4; Duranton, I, n. 459; Proudhon et Valette, I, p. 305; Laurent, II, n. 209; Huc, I, n. 426; Planiol, *loc. cit.*; Fuzier-Herman, art. 124, n. 6 s. — Bourges, 13 fév. 1830, S., 31. 2. 69, D., 31. 2. 78. — Orléans, 22 nov. 1850, S., 51. 2. 553, D., 51. 2. 70. — *Contra :* Mourlon, *Répétitions écrites*, I, p. 240, note 1.

(3) Aubry et Rau, I, § 155, p. 935; Laurent, II, n. 208; Huc, I, n. 425.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 935 et 936, n. 6; Demolombe, II, n. 285; Toullier, I, n. 469; Duranton, I, n. 461; Delvincourt, I, p. 51, note 4; Laurent, II,

« qui a opté pour la continuation de la communauté ne peut être revêtu d'un pouvoir aussi étendu », et que l'art. 128 refuse formellement celui-ci aux envoyés en possession. La première objection n'est qu'une négation toute gratuite, et à la deuxième il faut répondre que justement le mari n'est pas ici un envoyé : il reste ce qu'il était avant l'absence, le chef de la communauté, puisque la loi, ce qu'elle eût pu faire, n'a pas modifié expressément ses pouvoirs.

**1200.** Les actes de disposition faits par le mari sur les biens communs, dans les limites de ses pouvoirs, doivent donc être maintenus, quoi qu'il arrive, par application de ce principe que les actes faits conformément à la loi sont inattaquables. Comme tels, ils sont opposables aux héritiers ou successeurs de la femme, lors même que, celle-ci n'ayant pas reparu, la communauté devrait être liquidée à la date de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, ou qu'elle devrait l'être à la date de son décès prouvé, cette date fût-elle antérieure à celle des actes de disposition (1). Cette déduction logique de notre principe est cependant repoussée par beaucoup d'auteurs, mais d'une façon plus ou moins complète.

D'après les uns (2), l'acte, quelle qu'en fût la nature, devrait être maintenu à l'égard des tiers, le mari ayant eu, quant à eux, des pouvoirs au moins apparents pour le faire ; mais il ne saurait l'être à l'égard des successeurs de la femme, l'événement ayant prouvé que les pouvoirs du mari avaient cessé à l'époque où il a été fait.

D'après les autres (3), ces successeurs eux-mêmes devraient respecter les aliénations à titre onéreux faites sans fraude par le mari, mais non plus les actes de disposition à titre gratuit faits après la date à laquelle la communauté est dissoute, le mandat du mari ayant été alors « révoqué ou plutôt résolu *in præteritum* ».

Cette dernière distinction est absolument arbitraire, car

n. 206; Huc, I, n. 425; Planiol, *loc. cit.* ; Fuzier-Herman, art. 124, n. 5; Plasman, I, p. 279. — *Contra :* Proudhon, I, p. 318. — Cpr. Demante, I, n. 168 s.

(1) Huc, I, n. 425.

(2) Duranton, I, n. 461; Proudbon et Valette, I, p. 318.

(3) Demolombe, II, n. 285.

on cherche vainement pourquoi ce mandat devrait être considéré comme révoqué à certains égards et pas à d'autres. Mais, quoique plus juridique, la première doit être également écartée, par ce double motif, d'une part, que le mari présent ne conserverait pas durant l'absence de sa femme les pouvoirs qu'il avait auparavant, si certains de ses actes pouvaient être critiqués par les successeurs de celle-ci sur ce fondement que la communauté était déjà dissoute, et, d'autre part, qu'il y a lieu de maintenir *erga omnes* tous les actes faits par un individu dans la limite de ses pouvoirs jusqu'à ce qu'il en ait appris la cessation. Cette doctrine nous paraît plus nette que celle de MM. Aubry et Rau (1), qui, dans une formule très générale, reconnaissent aux héritiers de l'absent le droit de « demander compte de la valeur des biens aliénés » par l'époux présent à une époque où il était comptable des biens communs envers eux, par exemple à compter du jour du décès de la femme, survenu après qu'il a opté pour la continuation de la communauté.

**1201.** 4° Le mari conserve, sur les biens propres de la femme dont elle ne s'était pas réservé l'administration par son contrat de mariage, les pouvoirs qu'il avait durant sa présence, c'est-à-dire les droits que lui accordent les art. 1428 s. C'est dans le régime de communauté, en effet, qu'il puise le droit de les administrer; or ce régime est censé continuer : donc ce droit subsiste tel quel (2). Sur ce point, MM. Aubry et Rau sont contraires et ne reconnaissent au mari que les pouvoirs d'un envoyé en possession provisoire; mais, à défaut d'une justification, même sommaire, de leur opinion, nous n'hésitons pas à la rejeter.

**1202.** L'époux administrateur légal est assimilé par la loi à un envoyé en possession provisoire en ce qui concerne l'acquisition des fruits (art. 127 et 130). Mais cette assimilation est ordinairement très critiquée par les auteurs. Chaque jour, en effet, qui s'écoule sans nouvelles rend plus probable le décès de l'absent, et fortifie ainsi les espérances des envoyés :

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, et p. 939, n. 13.
(2) Cpr. Laurent, II, n. 208. — *Contra :* Aubry et Rau, *loc. cit*, p. 935.

il est donc tout naturel que la portion des fruits qui leur est allouée augmente avec le temps, c'est-à-dire avec leur bonne foi. Tout autre est la situation du conjoint administrateur légal : son droit devient de plus en plus douteux à mesure que l'existence de l'absent devient plus problématique. De jour en jour il voit approcher l'époque où son administration légale devra prendre fin par suite de l'envoi définitif. Logiquement donc il semble que ses droits aux fruits auraient dû diminuer plutôt qu'augmenter à mesure que l'absence se prolonge. Et toutefois on peut comprendre, ainsi que le remarque fort bien M. Laurent (1), que la loi, sans s'attacher à la plus ou moins grande certitude du droit des intéressés, n'ait fait aucune distinction entre les envoyés et l'époux, de façon à l'engager plus vivement à se charger de l'administrations des biens de l'absent et à la concentrer dans ses mains pour le plus grand avantage de ce dernier.

**1203.** L'époux administrateur légal gagne donc les quatre cinquièmes, les neuf dixièmes ou la totalité des fruits, suivant les distinctions établies en l'art. 127. Est-ce à dire qu'il soit autorisé à en conserver le profit exclusif? Pour répondre à cette question il faut combiner la disposition de l'art. 127 avec celle de l'art. 1401 sur la composition active de la communauté. Car, si l'art. 127 attribue au conjoint présent une portion ou même la totalité, suivant les cas, des fruits produits par les biens de l'absent, l'art. 1401-2°, d'autre part, fait entrer dans la communauté les revenus de toutes sortes qui échoient aux époux. Or il est évidemment impossible, en l'absence d'un texte formel, de faire abstraction de cette dernière disposition, et force est de la combiner, au contraire, avec celle de l'art. 127, lors même que celle-ci n'aurait en certains cas aucun effet particulier par le fait de cette combinaison. Trois hypothèses doivent, en conséquence, être distinguées.

**1204.** *Première hypothèse :* l'absent reparaît ou donne de ses nouvelles. — Son existence et, par suite, la continuation effective de la communauté étant ainsi démontrées, les fruits de tous les biens dont cette communauté avait la jouissance

(1) II, n. 212.

tombent dans celle-ci, sans que l'époux présent ait le droit d'en rien retenir en propre, et il en est de même de la portion qui lui est attribuée des fruits produits par les biens dont la jouissance était réservée à l'absent. Cette solution, très généralement admise (1), a le mérite d'appliquer à la fois les art. 127 et 1401, c'est-à-dire les règles de l'absence en même temps que les règles de la communauté. D'après certains auteurs (2) cependant, l'art. 127 devrait être seul appliqué et l'époux présent autorisé à conserver en propre la part des fruits qui lui est attribuée, soit parce qu'il résulterait de cette disposition elle-même qu'il a été dans l'intention du législateur d'exclure cette part de la communauté et d'en faire, en quelque sorte, l'objet d'une donation mobilière qui dût rester propre à l'époux (art. 1401-1°), soit parce que, s'il en devait être autrement, l'art. 127 serait dénué de toute portée pratique, l'époux présent devant restituer d'une main ce qu'il reçoit de l'autre. Mais cette argumentation est des plus faibles, car rien d'abord n'annonce dans la loi le dessein de laisser en propre au conjoint présent la portion des fruits qui lui est attribuée et qui doit normalement grossir la communauté; et l'art. 127 conserve ensuite son effet utile, même dans cette hypothèse, en faisant tomber dans la masse commune, en totalité ou en partie, des fruits qui en auraient été exclus comme produits par des biens dont la jouissance appartenait en propre à l'absent, par exemple par les paraphernaux de la femme.

**1205.** *Deuxième hypothèse :* le décès de l'absent est prouvé. — L'époux présent doit alors remettre à la masse la portion à lui attribuée des fruits qu'il a perçus antérieurement à ce décès, la communauté ayant duré jusqu'à cette époque; mais il a un droit exclusif à la part des fruits qu'il a perçus depuis la dissolution de celle-ci (3). A compter de ce jour, en effet,

(1) Aubry et Rau, I, § 155, p. 939, n. 14; Demolombe, II, n. 288; Proudhon et Valette, I, p. 319, note *b;* Laurent, II, n. 213; Fuzier-Herman, art. 127, n. 5; Bellot des Minières, *Du contr. de mar.*, II, p. 34 s.; Rodière et Pont, *Du contr. de mar.*, I, n. 464. — Cpr. Demante, I, n. 168 *bis*, II et III.

(2) Duranton, I, n. 464; Plasman, I, p. 287 s.; de Moly, n. 570.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 940, n. 15; Demante, I, n. 168 *bis*, IV; Laurent, II, n. 214.

l'art. 1401 devient inapplicable, et les art. 127 et 130 peuvent seuls recevoir application. — Après avoir complètement écarté l'art. 127 en cette hypothèse et refusé à l'époux présent tout droit aux fruits des biens de l'absent, M. Demolombe, dont les arguments étaient du reste peu probants, s'est rallié à l'opinion que nous avons nous-même adoptée avec la majorité de la doctrine.

**1206.** *Troisième hypothèse :* la communauté provisoirement continuée est dissoute, soit par l'envoi en possession définitif, soit par la mort de l'époux présent ou sa renonciation à la continuation de la communauté. — Quoique cette hypothèse n'ait été visée ni par l'art. 127, qui suppose le retour de l'absent, ni par l'art. 130, qui suppose la preuve de son décès, on s'accorde à reconnaître, par analogie, au conjoint présent un droit aux fruits dans la mesure déterminée par la première disposition : pour quelle raison, en effet, l'aurait-on obligé à les restituer intégralement ? Et ces fruits doivent nécessairement lui appartenir en propre, puisque, la communauté étant en ce cas censée dissoute au jour de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent (1), il ne saurait être question d'y faire tomber des fruits qui n'ont été perçus qu'après qu'elle avait cessé d'exister (2).

**1207.** Il va de soi, au surplus, que le conjoint présent n'a aucun autre droit que celui que lui confère son contrat de mariage aux fruits produits par les biens de l'absent avant que son administration légale n'ait commencé.

**1208.** Tels sont les droits de l'époux présent qui opte pour la continuation provisoire de la communauté. La loi ne l'a assujetti expressément qu'à une obligation, celle de faire inventaire du mobilier et des titres de l'absent (art. 126, al. 1), et encore son étendue est-elle contestée.

Il est certain tout d'abord que la femme présente est tenue de faire inventaire, et des biens propres du mari, et même des biens communs, car ceux-ci sont assurément, quoique pour

(1) Cf. *infra*, n. 1213.

(2) Aubry et Rau, I, § 155, p. 940, n. 16; Toullier, I, n. 472; Duranton, I, n. 464; Proudhon et Valette, I, p. 319 note *b;* Laurent, II, n. 214; de Moly, n. 570. — Cpr. Demolombe, II, n. 286 et 287; Demante, I, n. 168 *bis*, V.

partie seulement, « biens de l'absent », et on sait déjà que l'art. 124 a compris dans ces expressions les effets de la communauté. Les termes équivalents de l'art. 126 ont évidemment le même sens. Comment, au reste, l'administrateur légal ne devrait-il pas faire inventorier tous les biens sur lesquels porte son administration (1) ?

Il nous paraît non moins certain, par identité de motifs, que le mari présent est également obligé de faire inventaire, non seulement des biens personnels de sa femme, mais encore des biens communs (2). Il faut ajouter que, l'inventaire constituant la seule base certaine du compte à faire entre les successeurs de la femme et le mari ou ses ayants droit, il n'a pu être dans la pensée de la loi d'en dispenser ce dernier; aussi bien ne peut-on inférer cette dispense d'aucune de ses dispositions.

L'inventaire est dressé en présence du procureur de la République ou du juge de paix requis par lui, sans qu'il soit besoin d'y appeler les héritiers présomptifs de l'absent. Mais ils devraient être, semble-t-il, admis à y assister, pour sauvegarder leurs droits éventuels (3).

**1209.** Rationnellement l'époux qui opte pour la continuation provisoire de la communauté devrait être tenu de fournir caution, au moins pour les biens sujets à restitution dont il prend ou conserve l'administration. Mais il paraît impossible de lui imposer cette obligation dans le silence des textes, d'autant que ce silence ne peut être mis sur le compte d'un oubli, puisque l'art. 124 n'exige de caution que de l'époux qui opte pour la dissolution de la communauté. N'est-ce point dire implicitement, mais très nettement, qu'elle n'est pas exigée si la communauté continue (4) ?

(1) Aubry et Rau, I, § 155, p. 937, n. 10; Demolombe, II, n. 281; Duranton, I, n. 458 et 460; Proudhon et Valette, I, p. 317; Delvincourt, I, p. 51, note 14; Demante, I, n. 168; Laurent, II, n. 209; Fuzier-Herman, art. 126, n. 1; de Moly, n. 571 et 603; Plasman, I, p. 281.

(2) Cf. les autorités citées à la note précédente, et Laurent, II, n. 207 et 208; Huc, I, n, 427; Planiol, III, n. 1210. — *Contra :* Toullier, I, n. 466; Marcadé, I, art. 126-I, n. 405.

(3) Demolombe, II, n. 282; Duranton, I, n. 458, note 1; Toullier, I, n. 469; Plasman, I, p. 281.

(4) Aubry et Rau, I, § 155, p. 937, n. 9; Demolombe, II, n. 283; Duranton, I,

Quelque décisifs que soient ces arguments, certains auteurs veulent que l'époux soit astreint à donner caution, pour les mêmes raisons qu'il est tenu de faire inventaire, et aussi, disent-ils, parce que l'art. **129** suppose l'existence de cette obligation : en effet il prononce au bout d'un certain temps la décharge des cautions, alors qu'il prévoit à la fois le cas d'envoi en possession provisoire et la continuation de la communauté (1). — Mais il est facile de répondre, d'une part, qu'on n'est nullement tenu de fournir caution par cela seul qu'on est obligé de faire inventaire, et, d'autre part, que, si dans l'art. **129**, qui a pour objet principal de régler les conditions de l'envoi en possession définitif après l'envoi provisoire ou l'administration légale de l'époux présent, la décharge des cautions est prononcée, elle ne l'est naturellement que pour les cas où elles ont été fournies et que cette disposition n'a pas du tout pour objet de préciser.

D'après une dernière opinion (2), l'obligation de donner caution ne pèserait que sur la femme et pas sur le mari, du moins pour les biens communs. Mais sur quel texte s'appuie cette distinction ? Est-ce sur l'art. **124**, qui ne parle ni de l'un ni de l'autre ? Il ne serait certes pas plus arbitraire de reconnaître au juge à cet égard, comme on l'a proposé (3), un véritable pouvoir discrétionnaire; mais, à ce point, on fait la loi plus qu'on ne l'interprète.

**1210.** On peut se demander enfin, pour en terminer avec les garanties de restitution organisées dans l'intérêt de l'absent, si le juge pourrait ordonner la vente de son mobilier, soit propre, soit même commun, et l'emploi du prix. L'al. **2** de l'art. **126** ne contenant aucune distinction à ce sujet, tandis que l'al. **1** est applicable à l'époux administrateur légal aussi bien qu'aux envoyés en possession, cette question semblerait

n. 465 ; Delvincourt, I, p. 51, note 4; Proudhon et Valette, I, p. 316 et 317, note *a*; Laurent, II, n. 210; Huc, I, n. 427; Planiol, III, n. 1210; Fuzier-Herman, art. 124, n. 3 et 4; Plasman, I, p. 282 s. ; Bellot des Minières, *Du contr. de mar.*, II, p. 8. — Cpr. Demante, I, n. 168 et 168 *bis*, VI.

(1) De Maleville, I, p. 140; de Moly, n. 580 s. ; Biret, p. 206. — Paris, 9 janv. 1826, S., 26. 2. 279, D., 26. 2. 233.

(2) Toullier, I, n. 466 et 470; Talandier, p. 164.

(3) Demante, *Encycl. jur.*, v° *Absence*, n. 84.

devoir être résolue par l'affirmative. Nous croyons pourtant qu'on n'y peut répondre d'une façon absolue. La solution précédente paraît fondée lorsque c'est la femme qui est présente, car elle n'a alors que les pouvoirs d'un envoyé ordinaire. Nous l'admettons encore, quoique avec plus d'hésitation, lorsque c'est le mari qui est présent, en ce qui touche les biens personnels de la femme. Mais nous la repoussons dans le même cas en ce qui concerne les biens communs : le juge ne saurait modifier, selon nous, les droits étendus qu'a le mari comme chef de la communauté, en l'obligeant à vendre tout ou partie du mobilier de celle-ci (1).

**1211.** Ainsi sont déterminés les effets positifs de la continuation de communauté. Mais la loi a cru encore devoir s'expliquer sur son effet négatif : aux termes de l'art. 124 al. final « *la femme, en optant pour la continuation de la* » *communauté, conservera le droit d'y renoncer ensuite* ». Cette disposition, susceptible d'être entendue en deux sens différents à raison de sa construction grammaticale, signifie, de l'aveu de tous, non point que la femme a la faculté, qu'elle partage avec le mari, de renoncer à la continuation de la communauté après avoir opté pour celle-ci, mais bien qu'elle ne compromet pas par cette option son droit de renoncer à la communauté, lorsque celle-ci sera dissoute. Cette décision s'imposait d'abord pour ne pas gêner le droit d'option de la femme, et aussi parce que ce n'était pas précisément à l'instant où la femme empêchait la dissolution de la communauté, en se prononçant pour sa continuation, qu'on devait l'obliger à prendre parti et à se porter acceptante. On aurait pu penser toutefois qu'en optant pour cette continuation la femme se rendait non recevable à renoncer plus tard à la communauté. Car le principal motif qui a fait établir ce droit à son profit est qu'on ne veut pas l'obliger à subir les conséquences d'une gestion qui est entièrement l'œuvre de son mari (art. 1421). Et comme ce motif n'existe plus, ou du moins n'existe qu'en partie, lorsque la femme prend l'administration légale des biens communs, on aurait pu en induire qu'elle perdait

(1) Demolombe, II, n. 281.

dès lors la faculté de répudier les conséquences d'une gestion à laquelle elle avait participé. Mais la loi, qui considère la faculté de renoncer comme essentielle (art. 1453), a condamné par avance cette induction (1).

**1212.** La continuation provisoire de la communauté, résultant de l'option de l'époux présent, et l'administration légale, qui en est la conséquence, prennent fin :

1° Par la preuve acquise de l'existence de l'absent. Alors la communauté a duré réellement depuis sa disparition et dure encore, et il y a lieu de pourvoir à son administration et à celle des biens personnels de l'absent suivant les termes du droit commun (art. 1421 s.) ;

2° Par la preuve acquise du décès de l'absent. La communauté est alors liquidée et partagée d'après l'état de choses existant à l'époque du décès (2), sauf le respect des actes faits depuis, de bonne foi, par l'époux administrateur légal ;

3° Par l'envoi en possession définitif ;

4° Par la mort du conjoint présent ;

5° Par la volonté de l'époux présent, qui, après avoir opté pour la continuation de la communauté, y renonce ensuite et demande la dissolution. C'est un droit pour lui ; car, d'une part, la faculté de demander la continuation de la communauté est une faveur que la loi lui accorde, et il est libre d'y renoncer pour revenir au droit commun ; et, d'autre part, son option n'a fait naître de droit acquis au profit de personne, pas même au profit de l'absent, de telle sorte qu'il n'en lèse aucun en revenant sur cette option. Au surplus cette faculté avait été formellement reconnue à la femme, dans la rédaction de l'art. 12 proposée à la séance du 4 frimaire an X (3) ; mais il n'y aurait eu, même en présence de ce texte, aucune bonne raison pour la refuser au mari. Elle appartient donc égale-

(1) Demolombe, II, n. 290 et 294 ; Demante, I, n. 168 *bis*, VII ; Laurent, II, n. 209 ; Planiol, III, n. 1213.

(2) Aubry et Rau, I, § 155, p. 938, n. 12 ; Demolombe, II, n. 293 ; Demante, I, n. 167 *bis*, VI et VII ; Laurent, II, n. 211 ; Planiol, III, n. 1214. — Cpr. cep. Demante, I, n. 172 *bis*, I s.

(3) Fenet, *Trav. prép. du C. civ.*, VIII, p. 412 et 413.

ment aux deux époux. Ainsi le décide presque unanimement la doctrine (1).

**1213.** Il reste à rechercher, lorsque la continuation de communauté cesse par l'une de ces trois dernières causes, à quelle époque la communauté doit être considérée comme s'étant dissoute et comment dès lors elle doit être liquidée. D'après l'opinion générale (2), elle doit être liquidée comme si elle s'était dissoute au jour de la disparition de l'absent ou de ses dernières nouvelles, sauf toujours le respect des actes faits par l'époux administrateur légal dans la limite de ses pouvoirs, et sauf aussi à revenir sur cette liquidation s'il était prouvé ultérieurement que la dissolution ne s'est pas produite à cette date. C'est toujours à cette époque, on l'a déjà vu, qu'il faut se reporter pour le règlement des droits subordonnés au décès de l'absent, chaque fois qu'on n'a pas la preuve de son existence ou de son décès à une autre date. Or on n'aperçoit pas pourquoi cette règle fondamentale ne serait pas ici applicable. Serait-ce à raison de la continuation de la communauté? Mais la loi ne dit point que la communauté devra être considérée comme ayant effectivement et réellement continué jusqu'au jour de la mort ou de la renonciation de l'époux présent ou de l'envoi définitif, et qu'elle devra en conséquence être liquidée d'après son état à l'époque où l'un de ces événements se produit. Elle permet seulement au conjoint présent de retarder l'exercice des droits subordonnés au décès de l'absent et de prendre en main l'administration de son patrimoine et des biens communs. Mais comment, au jour où cessera cette administration, devront être réglés les rapports d'intérêts qu'a fait naître la communauté entre les époux? De la même façon, puisque la loi n'en indique pas une autre, qu'ils l'auraient été si cette communauté, au lieu de se continuer, avait été provisoirement dissoute, sauf bien entendu le respect

(1) Aubry et Rau, I, § 155, p. 937, n. 11; Demolombe, II, n. 290; Demante, I, n. 168 *bis*, VII; Duranton, I, n. 462; Valette sur Proudhon, I, p. 315, note *a*, obs. II; Laurent, II, n. 211; Huc, I, n. 427; Planiol, III, n. 1214; Plasman, I, p. 280.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 938, n. 12; Demolombe, II, n. 293; Proudhon et Valette, I, p. 318 et 319; Duranton, I, n. 461; Laurent, II, n. 211; Huc, I, n. 427; Planiol, *loc. cit.*; Rodière et Pont, *Du contrat de mariage*, I, n. 1020.

des actes de l'administrateur légal. Sa continuation n'aura eu d'autre résultat que d'en laisser ou d'en faire attribuer la gestion, ainsi que celle des biens personnels de l'absent, au conjoint présent. Elle n'aura pas eu, en outre, cet effet extraordinaire et exorbitant, d'en prolonger réellement l'existence jusqu'au jour où prend fin l'administration légale.

C'est pourtant ce qu'admettent certains auteurs, aux yeux de qui la communauté a effectivement duré jusqu'à cette époque. Il est vrai qu'ils ne s'entendent plus lorsqu'il s'agit de déterminer les effets de cette prétendue prorogation. D'après les uns (1), la communauté aurait, à tous les points de vue, persisté entre les époux jusqu'à la fin de l'administration légale, exactement dans les conditions où elle aurait duré s'il n'y avait jamais eu absence de l'un d'eux. D'après les autres, elle se serait continuée de la même façon qu'elle le faisait, dans l'ancien droit, entre l'époux survivant qui avait négligé de faire inventaire et les enfants mineurs du conjoint prédécédé. Dans un dernier système (2), elle aurait subsisté jusqu'à ce jour, en ce sens seulement que tous les revenus des époux et tous les acquêts faits pendant l'absence y devraient être compris; mais les successions ou donations mobilières échues à l'époux présent en devraient être exclues.

Ces trois opinions se recommandent toutes, au dire de leurs partisans, par la facilité avec laquelle elles permettent de liquider la communauté sans remonter dans le passé. Mais cet avantage est chèrement racheté par l'injustice des résultats auxquels elles conduisent : la communauté s'enrichit en effet, dans toutes, des acquêts réalisés par l'époux présent, et en outre, dans les deux premières, des successions et des donations mobilières qui lui sont échues pendant cette continuation, alors qu'il est impossible qu'elle s'augmente par les mêmes causes du chef de l'absent. Or, si ce résultat était admissible dans la continuation de communauté de l'ancien droit, qui était une peine véritable infligée à l'époux survivant, il ne saurait l'être aujourd'hui, où cette continuation est

(1) Delvincourt, I, p. 51, note 4; Bellot des Minières, *Du contr. de mar.*, II, p. 37 s.

(2) Demante, I, n. 167 *bis*, VIII et IX.

une faveur accordée au conjoint présent. Aussi, pour y échapper au moins en partie, M. Demante exclut-il de la communauté les acquisitions mobilières à titre gratuit réalisées par celui-ci. Mais n'est-il pas étrange alors que la communauté soit censée continuer véritablement jusqu'au jour où cesse l'administration légale, sous certains rapports seulement, et point sous d'autres? L'opinion générale nous paraît à la fois plus juste dans ses conséquences, plus logique et plus conforme aux vrais principes de l'absence.

**1214.** Telles sont les causes qui font cesser l'administration légale du conjoint présent. Mais sont-elles les seules, ou bien une décision judiciaire ne pourrait-elle pas encore mettre fin à sa gestion, lorsqu'il en abuse au préjudice de l'absent? Il est possible en effet que, soit par incapacité, soit par prodigalité, fraude ou inconduite, l'administrateur légal mette en péril les biens personnels de l'absent ou sa part dans la communauté : les intérêts de celui-ci et les intérêts éventuels ou conditionnels des personnes ayant des droits subordonnés à son décès ne pourront-ils, alors, de quelque façon que ce soit, être efficacement sauvegardés? C'est ce qu'il serait bien difficile d'admettre. On ne s'expliquerait pas, par exemple, que le mari présent ne pût se voir retirer l'administration des biens de sa femme, dans les cas mêmes où celle-ci pourrait obtenir sa séparation de biens, pas plus qu'on ne comprendrait que la femme pût retenir, en dépit de tous ses écarts et de toutes ses malversations, l'administration des biens de son mari ou de la communauté. Aussi bien décide-t-on généralement, et avec raison selon nous, que le juge peut, soit enlever, soit même refuser, avant qu'il ne l'ait entreprise, cette administration au conjoint présent, soit, sans aller jusque-là, ne la lui accorder qu'à la charge de donner caution. — Objectera-t-on que c'est restituer au juge le pouvoir discrétionnaire que nous lui avons dénié (1)? Non, car le juge n'a, d'après nous, cette faculté qu'à titre exceptionnel et tout autant que la situation commande impérieusement que des mesures de garantie soient prises dans l'intérêt de l'absent

(1) Cf. *supra*, n. 1209.

ou de ses ayants-droit. — Il faut observer d'ailleurs que ceux-ci pourraient parfois trouver dans le droit commun le moyen de sauvegarder leurs intérêts compromis par l'époux présent : tel le nu propriétaire du bien dont l'absent était usufruitier, et qui, en cas d'abus de jouissance de l'administrateur légal, serait admis à invoquer contre celui-ci la déchéance de l'art. 618 (1).

### III. *De l'envoi en possession définitif.*

**1215.** Avec l'envoi en possession définitif la troisième période de l'absence commence. Le décès de l'absent étant devenu de plus en plus probable, la loi organise dans cette période un régime dans lequel ses intérêts, sans être complètement sacrifiés, passent désormais au second rang, primés qu'ils sont par l'intérêt des personnes ayant des droits subordonnés à son décès et par l'intérêt économique de la libre circulation des biens. A supposer que l'absent vive, il serait mal venu à se plaindre des mesures qui vont être prises au sujet de son patrimoine : elles n'ont été nécessitées que par son impardonnable négligence et par le silence dans lequel il s'obstine.

#### N° 1. A quelle époque et par qui l'envoi en possession définitif peut être demandé. Ses formes.

**1216.** Aux termes de l'art. 129 : « *Si l'absence a continué* » *pendant trente ans depuis l'envoi provisoire, ou depuis l'épo-* » *que à laquelle l'époux commun aura pris l'administration* » *des biens de l'absent, ou s'il s'est écoulé cent ans révolus* » *depuis la naissance de l'absent, les cautions seront décharg-* » *gées ; tous les ayants-droit pourront demander le partage* » *des biens de l'absent, et faire prononcer l'envoi en possession* » *définitif par le tribunal de première instance.* »

On voit qu'il y a lieu à l'envoi en possession définitif dans deux cas :

1° Quand il s'est écoulé trente ans, sans nouvelles de l'ab-

(1) De Maleville, I, p. 141 ; Demolombe, II, n. 292 ; Demante, I, n. 167 *bis*, V ; Fuzier-Herman, art. 124, n. 10. — Cpr. de Moly, n. 589.

sent, depuis l'envoi provisoire ou depuis l'époque à laquelle l'époux commun en biens a pris l'administration du patrimoine de l'absent.

Malgré les termes si précis de l'art. 129, qui assigne pour point de départ à ces trente années le jour de l'envoi provisoire ou celui auquel a commencé l'administration légale de l'époux présent, beaucoup d'auteurs enseignent que ce délai court à compter de la déclaration d'absence, c'est-à-dire du jour où l'envoi aurait pu être obtenu, du jour où l'administration légale aurait pu commencer (1). La loi, dit-on, a dû confondre ici dans sa pensée la déclaration d'absence et l'envoi provisoire, comme elle paraît l'avoir fait dans l'art. 860 C. pr., parce que l'un est la conséquence de l'autre et que le plus souvent, d'ailleurs, l'envoi provisoire est demandé en même temps que la déclaration d'absence. On ajoute que la probabilité du décès de l'absent est toujours aussi forte après que trente ans se sont écoulés sans nouvelles depuis qu'il a été déclaré tel, quelle que soit l'époque à laquelle l'envoi provisoire ait été obtenu et lors même qu'il ne l'aurait pas été.

Ces motifs sont-ils suffisants pour permettre de s'écarter du texte si clair de l'art. 129? Avec une forte partie de la doctrine, nous ne le pensons pas. C'est par deux fois que cette disposition fixe très nettement le point de départ du délai, soit pour le cas où l'envoi provisoire a été prononcé, soit pour le cas où il ne l'a pas été par suite de l'option de l'époux présent pour la continuation de la communauté, alors qu'il lui eût suffi, si l'opinion précédente était vraie, de parler simplement de la déclaration d'absence. On s'explique, du reste, que la loi ait voulu que le régime définitif de la troisième période pût s'établir trente ans seulement après le régime provisoire de la seconde, de façon que les ayants droit fussent par là directement intéressés à ne pas retarder l'ouverture de celui-ci, plus favorable aux intérêts de l'absent que celui qui le précède (2).

(1) Demolombe, II, n. 148; Marcadé, I, art. 129-IV, n. 430; Planiol, III, n. 2491. — Cpr. de Moly, n. 652.

(2) Aubry et Rau, I, § 156, p. 941, n. 1; Demante, I, n. 169 *bis*, I; Laurent, II, n. 222; Beudant, I, n. 193; Plasman, I, p. 227. — Cpr. Huc, I, n. 442.

**1217.** 2° S'il s'est écoulé cent ans révolus depuis la naissance de l'absent.

Il n'est pas nécessaire, en ce cas, que l'envoi provisoire ait été obtenu ; mais au moins faut-il que la déclaration d'absence ait été prononcée. D'ailleurs les intéressés pourraient, le cas échéant, demander à la fois et obtenir en vertu d'un seul et même jugement la déclaration d'absence et l'envoi définitif (1).

**1218.** L'envoi définitif peut être obtenu, aux termes de l'art. 129, par les « ayants droit », c'est-à-dire par les personnes ayant qualité pour demander l'envoi provisoire lui-même ou l'exercice provisoire des droits subordonnés au décès de l'absent (2). Le plus souvent c'est par ceux auxquels a été accordé l'envoi provisoire qu'est obtenu l'envoi définitif, qui en est alors le développement. Le contraire arriverait cependant si l'envoi provisoire avait été accordé à d'autres qu'eux véritables ayants droit : ceux-ci devraient alors, sur leur demande, obtenir l'envoi définitif, si du moins leur droit n'était pas prescrit (3).

Il peut même arriver que l'envoi définitif soit prononcé sans qu'il y ait eu d'envoi provisoire, soit parce que l'administration légale du conjoint présent a duré jusque-là, soit, comme on vient de le voir, parce que, cent ans s'étant écoulés depuis la naissance de l'absent, la troisième période a pu s'ouvrir sans qu'on ait été obligé d'organiser le régime provisoire qui la précède ordinairement.

**1219.** L'envoi définitif n'a jamais lieu de plein droit, après l'expiration des délais fixés par la loi : il doit être demandé à la justice. Le tribunal compétent pour le prononcer est le même que celui qui a compétence pour déclarer l'absence.

La loi n'indiquant pas la procédure à suivre pour arriver à cet envoi, il y lieu d'appliquer par analogie l'art. 860 C. pr. Le tribunal peut certainement, s'il le juge utile, ordonner une

(1) Demante, *loc. cit.* ; Huc, *loc. cit.* ; Planiol, III, n. 2491.

(2) Aubry et Rau, I, § 156, p. 941, n. 1 *bis* ; Demolombe, II, n. 150 ; Laurent, II, n. 223 ; Huc, I, n. 442 ; de Moly, n. 708 s. — Req. rej., 22 déc. 1813, S., 14. 1. 90, D., *Rép.*, v° *Absence*, n. 430.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, n. 2.

nouvelle enquête, à l'effet de s'assurer qu'il n'est parvenu aucune nouvelle de l'absent, mais il ne le doit pas nécessairement, selon nous. Certains auteurs lui en font, il est vrai, une obligation, soit parce que Bigot-Préameneu, dans son exposé des motifs (1), semble l'avoir entendu ainsi, soit parce que le juge n'a pas d'autre moyen de constater que l'absence continue (2). Mais aucun texte ne lui impose positivement cette obligation comme le fait l'art. 116 pour la déclaration d'absence, et c'est, du reste, à bon droit, car la continuation de l'absence peut n'être pas douteuse : alors à quoi bon de nouveaux retards et de nouveaux frais (3)?

**1220.** C'est l'envoi définitif qui doit être ainsi demandé et obtenu. Mais par cela seul qu'il s'est écoulé trente ans depuis l'envoi provisoire ou cent ans depuis la naissance de l'absent, les cautions sont déchargées. Elles le sont donc par cela seul que le moment fixé pour que l'envoi définitif puisse être demandé est arrivé, que la demande ait été ou non formée (4) : il n'est pas au pouvoir des cautions de requérir l'envoi définitif, et leur libération ne doit pas dépendre de la diligence des envoyés. Voilà pourquoi elles sont déchargées par le seul effet du temps et de plein droit. M. Valette (5) a émis, il est vrai, un avis opposé, mais son opinion est restée à peu près isolée : elle est en effet manifestement contraire au texte très net de l'art. 129, lequel ne parle de l'envoi définitif qu'après avoir prononcé la décharge des cautions, montrant par là que celle-ci n'est nullement soumise à la condition de l'envoi.

**1221.** La décharge des cautions est complète, absolue, applicable au passé comme à l'avenir (6). C'est encore ce qui

(1) Locré, *Lég.*, IV, p. 145, n. 29.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 942, n. 3; Duranton, I, n. 501. — Cpr. Proudhon et Valette, I, p. 326 et 327; Fuzier-Herman, art. 129, n. 7.

(3) Demolombe, II, n. 149; Demante, I, n. 169 *bis*, IV et V; Laurent, II, n. 224; Huc, I, n. 442; Planiol, III, n. 2492. — Cpr. Beudant, I, p. 283, note 1.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, n. 4; Demolombe, II, n. 160; Toullier, I, n. 441; Duranton, I, n. 501; Demante, I, n. 169 *bis*, II; Laurent, II, n. 229; Huc, I, n. 443; Fuzier-Herman, art. 129, n. 2; de Moly, n. 656 s.; Plasman, I, p. 241.

(5) Sur Proudhon, I, p. 326 note *a*. — Cf. aussi Zachariæ, édit. Massé et Vergé, I, § 103, p. 155, n. 4.

(6) Aubry et Rau, I, § 156, n. 942, n. 5; Demolombe, II, n. 162; Duranton, I, n. 502; Huc, I, n. 443; Fuzier-Herman, *loc. cit.* — *Contra :* Laurent, II, n. 230.

résulte aussi nettement que possible de notre disposition : dire, en effet, que les cautions seront déchargées, ce n'est pas dire seulement qu'elles ne seront plus responsable des actes futurs des envoyés ; car, si elles continuaient à être responsables de leurs actes passés, on ne pourrait évidemment parler de leur décharge. Serait-il permis de dire, de la caution qui garantirait le paiement des dettes contractées par une personne pendant une année, qu'elle est déchargée après l'expiration de celle-ci ? Elle pourrait être fort lourdement chargée, au contraire. Décharge est, en d'autres termes, synonyme de dégagement. — Notre proposition, conforme du reste à l'opinion générale, n'aurait vraisemblablement pas été contestée par quelques auteurs, si elle n'avait été justifiée parfois par les plus mauvaises raisons. C'est ainsi que M. Demolombe l'a présentée comme une application pure et simple des principes de la prescription : « l'action contre les cautions, écrit-il, a commencé aussitôt que leur obligation elle-même ; donc elle doit être prescrite au bout de trente ans. » Aussi M. Laurent n'a-t-il point de peine à faire justice de cet argument, qui cache mal une erreur véritable. Mais il est permis d'en faire le sacrifice, sans rien abandonner de la doctrine commune.

### N° 2. Des effets de l'envoi définitif.

**1222.** L'envoi définitif, tout comme l'envoi provisoire, n'a d'effets que quant au patrimoine de l'absent : il n'en produit aucun quant au patrimoine de toute autre personne. Et, par suite, il n'autoriserait pas l'exercice sur les biens d'un tiers d'un droit subordonné au décès de l'absent, décès dont par lui-même il n'établit pas la preuve (1).

**1222** *bis*. L'expression d' « envoi définitif » semblerait indiquer que les envoyés deviennent propriétaires incommutables des biens de l'absent. Il en devait être ainsi d'après le projet, qui n'admettait d'exception à cette règle qu'en faveur des enfants de l'absent, mineurs lors de son décès prouvé ; l'absent

(1) Cpr. Aubry et Rau, I, § 157, p. 950, n. 21. — Cf. *supra*, n. 1100 *bis*, et 1171.

lui-même, s'il reparaissait après l'envoi définitif, ne pouvait pas se faire restituer ses biens. Ce système, dont la rigueur touchait à l'injustice, et qui d'ailleurs blessait les vrais principes de la matière, d'après lesquels la succession d'un homme vivant ne peut être considérée comme ouverte *(viventis non est hereditas)*, a été, en définitive, abandonné; et toutefois, en renonçant à la chose, on a conservé le nom.

Dans le système qui a prévalu, les envoyés deviennent propriétaires des biens de l'absent; mais, dans leurs rapports avec celui-ci, s'il reparaît, ou avec ses héritiers les plus proches au jour de son décès prouvé, leur droit de propriété est révocable *in futurum* seulement, non *in præteritum* (1). Les actes accomplis par eux jusqu'au jour où l'absent a révélé son existence ou jusqu'au jour de la réclamation faite par ses véritables héritiers doivent donc être considérés, quels qu'ils soient, comme émanant *a vero domino*, et ne peuvent par suite être critiqués par ces personnes : elles ne sont admises à réclamer aux envoyés que les biens qu'ils possèdent encore et le profit par eux retirés de ceux dont ils ont disposé. Ainsi, à l'égard des tiers, les envoyés sont propriétaires incommutables des biens de l'absent; dans leurs rapports avec celui-ci ou avec ses héritiers les plus proches au jour de son décès prouvé, ils n'ont qu'un droit de propriété révocable. De la sorte, comme l'expliquait Bigot-Préameneu (2), sont conciliés, autant qu'ils peuvent l'être, l'intérêt social de la libre circulation des biens et l'intérêt particulier de l'absent et de ses ayants-droit.

Tel est l'envoi définitif, dont la qualification, assez défectueuse puisque tout n'est pas nécessairement fini quand il a été prononcé, peut pourtant se justifier, soit parce qu'il est le dernier obtenu, soit parce qu'il confère aux envoyés la propriété incommutable à l'égard des tiers (3).

Ces principes posés, il faut étudier les rapports des envoyés en possession définitive entre eux, leurs rapports avec les

(1) Cpr. Aubry et Rau, I, § 157, p. 942 et 943, n. 1; Demante, I, n. 170; Planiol, III, n. 2495; Surville, I, n. 539.

(2) *Exp. des mot.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 145, n. 29.

(3) Demolombe, II, n. 151; Laurent, II, n. 121, 133 et 225.

tiers, et enfin leurs rapports avec l'absent ou les véritables ayants-droit.

1. *Rapports des envoyés entre eux.*

**1223.** Les envoyés en possession définitive, devenus copropriétaires des biens de l'absent, peuvent demander, aux termes de l'art. 129, le partage définitif de son patrimoine (1), partage qui, selon nous, était impossible jusque-là (2).

Ce partage, destiné à devenir définitif, devra être opéré, par cela même, conformément au droit commun. La masse partageable sera donc formée suivant les règles posées au Titre *Des successions,* et les intéressés pourront, le cas échéant, se demander respectivement le rapport des libéralités qu'ils auraient reçues de l'absent. Tout se passe, en un mot, entre les envoyés comme si la succcession de l'absent était réellement ouverte, et doit nécessairement se passer ainsi pour que l'envoi établisse entre eux une situation qui puisse réellement devenir définitive.

2. *Rapports des envoyés avec les tiers.*

**1224.** Dans leurs rapports avec les tiers, les envoyés doivent être considérés comme pleinement investis du droit auquel le décès de l'absent aurait donné ouverture, du moins en principe, et comme propriétaires incommutables de ses biens (arg. art. 132) (3). De cette proposition découlent les conséquences suivantes :

1° Les envoyés peuvent demander, contre l'époux commun en biens qui a opté pour la continuation de la communauté, la liquidation et le partage définitif de celle-ci (4) : le conjoint présent ne peut plus, dans cette troisième période, faire échec à leurs droits. Cette proposition, absolument incontestée, résulte à la fois des art. 124 et 129. Et elle montre, ce qu'il

(1) Aubry et Rau, I, § 157, p. 943 et 944, n. 4; Demolombe, II, n. 153; Laurent, II, n. 226; Huc, I. n. 443; Fuzier-Herman, art. 129, n. 4. — Cpr. Demante, I, n. 169 *bis*, III.

(2) Cf. *supra*, n. 1152.

(3) Cpr. Aubry et Rau, I, § 157, p. 943, n. 2 et 3, et p. 949; Demolombe, II, n. 154; Duranton, I, n. 510; Toullier, I, n. 447; Planiol, III, n. 2495.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 944.

importe de remarquer, que les envoyés peuvent désormais exercer contre les tiers eux-mêmes les droits subordonnés au décès de l'absent (1).

**1225.** 2° Les envoyés peuvent demander, lorsqu'ils ont la qualité d'héritiers réservataires, la réduction des donations entre vifs, faites par l'absent, qui excèdent la quotité disponible (2). Cette solution, justifiée déjà par la remarque précédente, s'impose d'autant plus que, si elle n'était pas admise, la réduction ne pourrait être demandée à aucune époque par les héritiers qui seraient dans l'impossibilité de rapporter la preuve du décès de l'absent, ce qui est évidemment inadmissible. Au surplus il en était déjà ainsi dans notre ancienne jurisprudence, lorsque cent ans s'étaient écoulés depuis la naissance de l'absent.

**1226.** 3° Le donateur sous condition de retour et l'appelé à la substitution dont l'absent était grevé peuvent, par les mêmes motifs, réclamer des tiers acquéreurs les biens aliénés par celui-ci sur lesquels porte leur droit (3).

**1227.** 4° Les envoyés sont tenus des dettes de l'absent, mais seulement, d'après l'opinion presque unanime (4), *intra vires*, c'est-à-dire jusqu'à concurrence de la valeur de ceux de ses biens qu'ils détiennent. Cette proposition, qui cesserait d'ailleurs certainement d'être vraie dans le cas où les biens de l'absent se seraient de fait confondus avec ceux des envoyés, est justifiée de façons très différentes. On dit souvent en sa faveur que les envoyés n'ont pas la saisine, à laquelle on prétend que se rattache l'obligation indéfinie du paiement des dettes, ou bien que, s'ils sont dans la situation d'héritiers de l'absent, ils n'en ont pourtant pas le titre, sa succession n'étant pas réellement ouverte, qu'ils ne sont que des successeurs aux biens, et non pas de véritables continuateurs de la personne et par suite ne sont tenus des dettes qu'en vertu du

(1) Demolombe, II, n. 304; Huc, I, n. 443.

(2) Aubry et Rau, I, § 157, p. 949, n. 19; Demolombe, II, n. 140 et 158; Laurent, II, n. 226; Huc, I, n. 443; Planiol, III, n. 2494.

(3) Aubry et Rau, I, § 157, p. 949 et 950, n. 20; Demolombe, II, n. 141 et 158.

(4) Cpr. Aubry et Rau, I, § 157, p. 944, n. 5; Demante, I, n. 170 *bis*; Laurent, II, n. 226; Huc, I, n. 443. — *Contra* : Planiol, III, n. 2494.

principe : *bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno.* Mais ces divers motifs peuvent paraître insuffisants, soit qu'on ne voit pas dans la saisine l'origine de l'obligation pour l'héritier de payer les dettes du défunt *ultra vires*, soit qu'on se demande pourquoi ceux qui seraient considérés comme les continuateurs de sa personne, si son décès était prouvé, ne le seraient plus, quand ils exercent, par suite de son absence, les mêmes droits auxquels ce décès donnerait ouverture, et pourquoi par suite ils ne les exerceraient pas exactement dans les deux cas sous les mêmes garanties et dans les mêmes conditions, alors que la loi cherche à organiser une situation qui puisse être absolument définitive.

**1228.** 5° Les envoyés peuvent faire sur les biens de l'absent tous actes de disposition, soit à titre onéreux, soit même à titre gratuit (1). Cette décision est contenue implicitement dans l'art. **132**, aux termes duquel l'absent de retour ne peut recouvrer ses biens que dans l'état où ils se trouvent aux mains des envoyés en possession définitive et n'a, de son propre chef, aucun droit contre les tiers qui ont traité avec eux. Seule, au reste, elle pouvait assurer la libre circulation des biens que le législateur a voulu, dans cette période, remettre complètement dans le commerce : or ils n'y rentrent tout à fait que si les envoyés sont dans leurs rapports avec les tiers, à tous les points de vue, des propriétaires incommutables. Il n'y a guère, d'ailleurs, à cet égard, de dissentiments dans la doctrine.

3. *Rapports des envoyés avec l'absent.*

**1229.** Irrévocable à l'égard des tiers, leur droit de propriété est révocable dans leurs rapports avec l'absent. « *Si* » *l'absent reparaît,* dit en effet l'art. **132**, *ou si son existence* » *est prouvée, même après l'envoi définitif, il recouvrera ses* » *biens dans l'état où ils se trouveront, le prix de ceux qui au-* » *raient été aliénés, ou les biens provenant de l'emploi qui* » *aurait été fait du prix de ses biens vendus.* » Ainsi donc le retour de l'absent ou la preuve de son existence, à quelque

(1) Aubry et Rau, I, § 157, p. 943, n. 3 *bis;* Duranton, I, n. 505; Demante, I, n. 170; Laurent, II, n. 227; Fuzier-Herman, art. 129, n. 5.

époque, du reste, qu'ils se produisent depuis l'envoi définitif, et sans qu'il puisse être opposé par les envoyés aucune prescription à l'absent (arg. art. 125 cbn. art. 2236, et arg. art. 132 cbn. art. 133) (1), ont pour effet de résoudre leur droit de propriété, mais pour l'avenir seulement, en sorte que tous les actes qu'ils ont accomplis jusqu'au jour où ils ont connu son existence sont maintenus. L'absent doit en conséquence les respecter, quels qu'ils soient (2).

Que peut-il alors réclamer aux envoyés? L'art. 132 permet à cet égard de formuler le principe suivant, dont il contient plusieurs applications particulières : la restitution à laquelle a droit l'absent ne doit être pour les envoyés la source d'aucune perte; mais du moins doit-elle comprendre tout ce dont ils se trouvent enrichis à ses dépens, à l'exception toutefois des fruits qu'ils ont perçus et que l'art. 127 leur attribue en totalité (3). En d'autres termes, les envoyés ne sont tenus envers l'absent que *quatenus locupletiores facti sunt*. Ce principe, absolument rationnel, puisque les envoyés, propriétaires sous une condition résolutoire de nature à se réaliser rarement, doivent, selon le vœu même de la loi, pouvoir se comporter comme de vrais propriétaires, sans s'exposer à une perte sur leurs biens personnels pour le cas improbable où la condition s'accomplirait, conduit aux applications suivantes :

**1230.** 1° En ce qui concerne les biens dont les envoyés n'ont pas disposé, l'absent les reprend en nature, mais dans l'état où ils se trouvent. D'où il suit : 1° Qu'il doit respecter les droits réels, tels que servitudes ou hypothèques, dont les biens sont grevés du chef des envoyés; — 2° que si les biens ont subi des détériorations, fût-ce par le fait des envoyés, l'absent n'a droit de ce chef à aucune indemnité, à moins qu'ils n'aient tiré profit de ces dégradations, auquel cas l'indemnité

(1) Aubry et Rau, I, § 157, p. 944, n. 6; Demolombe, II, n. 179; Duranton, I, n. 510; Laurent, II, n. 232.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 944; Demolombe, II, n. 156; Toullier, I, n. 447; Duranton, I, n. 505; Laurent, II, n. 228; Planiol, III, n. 2495; Surville, I, n. 539; art. 129, n. 8; Plasman, I. p. 233.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 945, n. 7; Demolombe, II, n. 164; Proudhon et Valette, I, p. 329; Duranton, I, n. 506 s.; Demante, I, n. 174; Planiol, III, n. 2495.

qui lui est due se mesure à la valeur de leur enrichissement (1). Cette réserve résulte elle-même du principe, et la règle qu'elle tempère est commandée par la qualité de propriétaires des envoyés jusqu'au jour où l'existence de l'absent est constatée : *qui quasi suam rem neglexit, nulli querelæ subjectus est* (L. 31, 3, D., *De hered. pet.*, V, 3).

**1231.** Peu importe, au reste, que les constitutions de droits réels ou les dégradations aient été faites pendant l'envoi définitif ou même pendant l'envoi provisoire (2). Et toutefois cette décision en ce qui concerne l'envoi provisoire, quoiqu'elle ne paraisse être contestée que par M. Laurent, peut faire l'objet d'un doute assez sérieux. On peut dire effectivement, comme le fait l'éminent auteur, que, si les envoyés ne sont pas responsables envers l'absent des actes qu'ils ont accomplis alors qu'ils avaient la qualité de propriétaires, ils n'en restent pas moins tenus des conséquences de ceux qu'ils ont faits quand ils n'étaient que dépositaires et administrateurs, c'est-à-dire pendant l'envoi provisoire. L'objection n'est cependant nullement décisive, car elle ne tient compte, ni du texte de l'art. 132, qui, sans distinction aucune, oblige l'absent à reprendre ses biens en l'état où il les retrouve, ni de la décharge complète des cautions prononcée par l'art. 129, et qui prouve qu'au moment où elle se produit il n'y a déjà ou il ne va plus y avoir, même pour le passé, de responsabilité pesant sur les envoyés. Enfin la propriété des envoyés doit être considérée comme remontant au jour de la disparition ou des dernières nouvelles, puisque c'est à cette époque que leur droit est supposé avoir pris naissance.

**1232.** Mais encore faut-il, pour que les envoyés soient affranchis de toute responsabilité à raison des actes par eux accomplis, même pendant l'envoi définitif, que leur mauvaise foi ne soit pas établie, car si elle l'était, au contraire, ils n'échapperaient plus à cette responsabilité (3). Et ils devraient

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 945, n. 8 ; Demolombe, II, n. 165 ; Duranton, I, n. 509 ; Demante, I, n. 174 *bis*, II ; Laurent, II, n. 234 ; Huc, I, n. 444 ; Planiol, *loc. cit.* ; de Moly, n. 892.

(2) Cpr. Aubry et Rau, I, § 157, p. 943, n. 2 et 3, et p. 944 et 945, n. 6 *ter*.

(3) Aubry et Rau, I, § 157, p. 945.

être considérés, d'après nous, comme étant de mauvaise foi, non seulement dans le cas, que seul suppose M. Laurent, où ils ont eu une connaissance positive de l'existence de l'absent, mais encore dans celui où, ayant de sérieuses raisons de la soupçonner, ils ont d'une façon quelconque diminué son patrimoine, plutôt par crainte de son retour qu'avec le sentiment de leur qualité de vrais propriétaires. Cette réserve essentielle domine tout le sujet et doit être étendue à toutes les applications qui seront ci-après faites de notre principe. Celui-ci, en effet, exige bien que les envoyés ne soient pas constitués en perte par l'envoi lui-même, mais il n'exige nullement qu'ils ne répondent pas non plus des conséquences des actes plus ou moins frauduleux qu'ils ont commis.

**1233.** L'absent reprend ses biens avec toutes les accessions et améliorations qu'ils ont reçues, soit par le fait de la nature, soit par le fait même des envoyés (1). Mais ces derniers n'ont-ils pas droit au remboursement des impenses qu'il ont faites pour ces améliorations, lorsque, bien entendu, elles ne sont pas une charge des fruits? La négative (2) semblerait résulter, au premier abord, de l'art. **132**, aux termes duquel l'absent reprend ses biens en l'état où ils se trouvent, par conséquent améliorés le cas échéant, et sans avoir à payer d'indemnité, puisque les envoyés ne lui en doivent pas pour les détériorations. La solution contraire est plus généralement admise (3), et elle paraît en effet plus juridique. L'art. **132** a été écrit en faveur des envoyés ; il ne faut donc pas le retourner contre eux, pour leur refuser une indemnité que les principes généraux leur accordent (arg. art. 555, **861**, **862**, **1381**, **1634**, **2175**). Sans cette indemnité ils seraient en perte, et l'absent s'enrichirait à leurs dépens.

Mais les partisans de cette dernière opinion ne déterminent pas, en général, d'une façon précise la mesure de l'indemnité due aux envoyés. Celle-ci doit, à notre sens, pour chaque na-

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 945, n. 10.

(2) Huc, I, n. 444. — Req. rej., 3 avril 1821, S., 21. 1. 325, D., *Rép.*, v° *Absence*, n. 621.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, art. 138, n. 2; Aubry et Rau, *loc. cit.*, Demolombe, II, n. 166 ; Duranton, VI, n. 246 ; Planiol, III, n. 2495 ; Fuzier-Herman, art. 132, n 5.

ture d'impenses et d'améliorations, être réglée conformément au droit commun. Il résultera parfois de son application que les envoyés, recevant de l'absent moins qu'ils n'ont dépensé, seront constitués en perte. Mais il ne paraît pas possible, pour prévenir ce résultat, d'obliger l'absent à rembourser toujours le montant de la dépense, quel qu'en soit l'objet, sans se préoccuper jamais de la mesure dans laquelle il en profite.

**1234.** Il se peut enfin que les envoyés aient à la fois détérioré et amélioré les biens de l'absent. En principe il ne doit pas, à notre avis, être établi de compensation entre ces détériorations et ces améliorations. Les premières n'engagent pas, en effet, la responsabilité des envoyés, tandis que les secondes constituent une dette à la charge de l'absent. Il est donc seul débiteur et les envoyés sont seuls créanciers : il ne saurait dès lors être question de compensation, à moins que ceux-ci n'aient tiré profit des dégradations, ce qui les rendrait eux-mêmes débiteurs. Le bon sens dit, au surplus, que l'absent ne devrait pas d'indemnité pour une amélioration prétendue qui ne serait, en quelque sorte, que la réparation d'une dégradation : ce qui arriverait, pour donner un exemple qui montre bien notre pensée, si les envoyés, après avoir démoli un gros mur sans motifs plausibles, le faisaient ensuite reconstruire dans les mêmes conditions (1).

**1235.** 2° En ce qui concerne les biens aliénés à titre onéreux par les envoyés, l'absent a droit à la contre-valeur acquise par ceux-ci, en l'état où elle se trouve. La première partie de cette formule n'est que la généralisation de notre disposition, d'après laquelle l'absent a droit au prix ou aux biens provenant de l'emploi de ce prix, et la seconde ressort du principe essentiel contenu dans cette disposition, à savoir qu'il reprend ses biens en l'état où ils se trouvent. Notre formule contient les propositions suivantes :

*a.* L'absent a droit au prix encore dû de son bien aliéné. C'est donc lui qui devient directement créancier de l'acquéreur (2).

(1) Demolombe, II, n. 167.

(2) Demolombe, II, n. 155 et 169 ; Demante, I, n. 169 *bis*, II ; Laurent, II, n. 235 ; Huc, I, n. 444.

**1236.** *b.* L'absent a droit au remboursement du prix payé aux envoyés, et seulement au remboursement de ce prix, quelle qu'ait été la valeur réelle du bien aliéné (1).

Mais a-t-il droit nécessairement à ce remboursement intégral, lors même que les envoyés prouveraient — car cette preuve leur incomberait sans aucun doute (2) — qu'ils ne se sont pas enrichis de la somme qu'ils ont ainsi touchée, soit qu'ils aient fait un placement qui en a entraîné la perte, soit qu'ils l'aient employée à des dépenses improductives?

La négative est d'abord certaine, lorsque, ce qui sera extrêmement rare, le placement a été fait au nom de l'absent : c'est son bien qui, dans ce cas, a péri, et il doit seul supporter la perte, qu'il y ait ou non une faute à reprocher aux envoyés, lesquels sont dans cette période irresponsables, sous l'unique condition de leur bonne foi (3).

La négative est encore le plus généralement admise lors même que le prix n'a pas été placé au nom de l'absent ou a été dissipé par les envoyés, et elle se défend en effet par les plus fortes raisons (4). Elle est seule conforme, en premier lieu, au principe que les envoyés ne sont tenus que dans la mesure de leur enrichissement. Vainement M. Valette oppose-t-il que l'art. 132 confère sans réserve à l'absent le droit à la restitution du prix, dont les envoyés, ainsi constitués débiteurs personnels, doivent supporter la perte. Car cette partie de la disposition suppose implicitement que le prix n'est pas perdu, et elle est dominée elle-même par cette règle fondamentale, qui y est aussi inscrite, que l'absent reprend ses biens en l'état où il les trouve. S'il n'y a plus rien, il perd donc son droit. C'est si vrai, qu'il le perdrait pareillement, de l'aveu de tous, si les envoyés avaient donné le prix au lieu de le placer ou de l'appliquer à des dépenses personnelles : comment pourraient-

(1) Aubry et Rau, I, § 157, p. 945; Demolombe, II, n. 169; Demante, *loc. cit.;* Laurent, II, n. 235.

(2) Demolombe, II, n. 171; Demante, I, n. 171 *bis*, IV; Laurent, II, n. 235; Huc, I, n. 444.

(3) Demolombe, II, n. 170; Huc, I, n. 444.

(4) Demolombe, II, n. 170-172; Demante, Huc, *loc. cit.;* Laurent, II, n. 235; Fuzier-Herman, art. 132, n. 7. — *Contra :* Valette sur Proudhon, 1, p. 329, note *b*. — Cpr. Duranton, I, n. 509; Plasman, I, p, 236.

ils être plus rigoureusement tenus dans ce dernier cas que dans le premier? Serait-ce parce que le placement n'a pas été fait au nom de l'absent? Mais la somme appartenait aux envoyés eux-mêmes, désormais propriétaires, et au surplus qu'importe, si la preuve de la perte ou de l'emploi improductif des fonds provenant de l'aliénation est nettement établie? Enfin, au cas où les envoyés, sans faire, comme on le suppose toujours, de placement au nom de l'absent, l'ont fait en leur propre nom, mais en faisant constater l'origine des deniers, et, par exemple, ont ainsi employé le prix à une acquisition immobilière, on admet que la perte totale ou partielle de celle ci reste à la charge de l'absent. Voudrait-on dire pourquoi ce qui serait vrai et juste dans cette hyppthèse ne le serait pas pour tout autre placement, étant entendu que la preuve de la perte des deniers est positivement rapportée?

**1237.** *c.* L'absent a droit au bien acquis en échange du sien, dont il a pris en effet la place dans son patrimoine, par une subrogation réelle (arg. art. **1407** et **1559** [1]).

**1238.** *d.* L'absent a droit au bien acquis en emploi ou en remploi d'un autre à lui appartenant et n'a droit qu'à ce bien, qu'il ait augmenté ou diminué de valeur depuis son acquisition [2]). Telle est la disposition formelle de l'art. **132**, conforme d'ailleurs au principe que les envoyés ne doivent ni s'enrichir, ni subir de perte sur leur biens personnels par suite de l'envoi définitif. En effet, si l'absent pouvait à son choix demander la restitution du prix de son bien ou celle du bien acquis en remploi, les envoyés pourraient être constitués en perte, car il ne manquerait pas d'opter pour le premier parti lorsque le bien acheté aurait diminué de valeur depuis l'acquisition. Inversement, ce seraient les envoyés qui pourraient s'enrichir aux dépens de l'absent, s'ils étaient admis, à leur choix, à restituer à l'absent, soit le prix de son bien, soit le bien acquis en remploi, car ils se prononceraient certainement dans le premier sens quand l'acquisition aurait

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 945; Demolombe, II, n. 174; Demante, I, n. 174 *bis*, IV.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*; Laurent, II, n. 236; Huc, I, n. 444; Fuzier-Herman, art. 132, n. 8.

augmenté de valeur. Notre solution sauvegarde donc seule le principe. Il s'en faut cependant qu'elle soit admise par tous. D'après les uns, les envoyés sont débiteurs, sous une alternative, du prix des biens aliénés ou des biens provenant de l'emploi de ce prix (1). Selon les autres (2), l'absent n'aurait jamais droit, lorsque du moins l'acquisition a été faite sans déclaration d'emploi, qu'au prix de son bien aliéné, mais il y aurait toujours droit, lors même que le bien acquis aurait péri. Ces deux opinions se réfutent par les considérations qui viennent d'être exposées.

**1239.** *e.* L'absent a droit à toutes les actions, en nullité, rescision ou résolution, qui compètent aux envoyés contre les acquéreurs des biens dont ils ont disposé (3).

**1240.** Au surplus l'application de ces diverses règles, posées pour le cas où les envoyés ont acquis des biens en remploi de ceux qu'ils ont aliénés, doit être étendue, en tant qu'elle est possible, au cas où ils ont fait des acquisitions en emploi de capitaux appartenant à l'absent et provenant d'une autre source qu'une aliénation (4).

**1241.** 3° En ce qui concerne les biens aliénés à titre gratuit par les envoyés, soit entre vifs, soit à cause de mort, l'absent n'a droit à aucune indemnité, car ces donations n'ont pas enrichi les envoyés, lesquels ne sont tenus que dans les limites de leur enrichissement. Ce motif même montre qu'il en serait autrement dans tous les cas où l'envoyé aurait tiré de la libéralité par lui faite un certain profit, soit en imposant au donataire certaines charges dans un intérêt personnel, soit en employant les biens de l'absent à faire une donation qu'à défaut de cette ressource il eût certainement faite sur ses biens propres, par exemple une constitution de dot en faveur de l'un de ses enfants. Au premier cas, le bénéfice des charges imposées au donataire devrait, sous une forme appropriée, revenir à l'absent. Au second, l'envoyé, ayant fait un profit,

(1) Demolombe, II, n. 174 et 175; Duranton, I, n. 509; Plasman, I, p. 239 s. — Cpr. Demante, I, n. 174 *bis*, IV.

(2) Valette sur Proudhon, I, p. 329, note *b*.

(3) Demolombe, II, n. 155; Demante, *loc. cit.*

(4) Demolombe, II, n. 173; Demante I, n. 174 *bis*, V.

en ce sens qu'il a conservé la portion de son patrimoine qu'il aurait donnée à défaut des biens de l'absent, doit de ce chef une indemnité, qui ne sera pas nécessairement égale, il est vrai, à la valeur de sa libéralité, car elle ne devra pas dépasser la valeur des biens qu'il aurait donnés, s'il eût été réduit à ses propres ressources. En effet, *locupletior factus est quatenus propriæ pecuniæ pepercit.* La détermination de cette dernière valeur est évidemment une question de fait, qui est souverainement tranchée par le juge (1).

D'ailleurs il semble que, dans tous les cas, l'absent doive avoir, du moins en principe, l'exercice des actions qui appartiennent au donateur contre le donataire, et dont certaines peuvent lui faire recouvrer la propriété des biens donnés, comme l'action en révocation de la donation pour inexécution des charges (2).

**1242.** Ainsi s'opère le règlement qui doit intervenir entre les envoyés en possession définitive ou leurs successeurs universels (3) et l'absent. En général, ainsi que le désire la loi, il n'occasionnera aucune perte aux envoyés, qui auront même gagné à l'envoi les fruits produits par les biens de l'absent. L'application des principes qui viennent d'être exposés peut cependant, ainsi qu'on l'a déjà vu, aboutir à un résultat contraire : mais ce n'est point là un motif suffisant, lorsque ces principes sont certains, pour les écarter. C'est ce qu'on serait tenté de faire, par exemple, lorsque les envoyés, se voyant plus riches, se sont laissés aller à dissiper *lautius vivendo* des capitaux qui leur appartenaient en propre, ou à faire avec leurs biens personnels des donations qu'ils n'auraient point faites s'ils n'avaient pas recueilli les biens de l'absent. Ils devraient être autorisés, pourrait-on dire, à conserver de ces derniers une portion équivalente à celle dont leur propre patrimoine s'est ainsi diminué. Mais les principes condam-

(1) Aubry et Rau, I, § 157, p. 945, n. 9; Demolombe, II, n. 157; Proudhon et Valette, I, p. 330, note *a;* Duranton, I, n. 506; Demante, I, n. 174 *bis,* III, VII et VIII; Laurent, II, n. 237; Huc, I, n. 444; Fuzier-Herman, art. 132, n. 9; de Moly, n. 896; Plasman, I, p. 233.

(2) Cpr. Demante, I, n. 174 *bis,* VI et X s.

(3) Demante, I, n. 174 *bis,* VIII et IX.

nent formellement cette solution. Au surplus les envoyés doivent s'imputer à eux-mêmes leur imprudence, si explicable soit-elle, et l'oubli qu'ils ont commis de la révocabilité de leur titre dans leurs rapports avec l'absent. C'est assez qu'il soit à leur merci et puisse voir fondre son patrimoine dans leurs mains, sans qu'il doive encore répondre sur celui-ci des actes de disposition qu'ils font sur le leur (1).

Cette observation montre en quel sens on doit entendre le principe que les envoyés ne sont tenus que *quatenus locupletiores facti sunt* et prouve qu'il ne faut pas en exagérer la portée.

### N° 3. Des événements qui mettent fin à l'envoi en possession définitif et à l'absence.

**1243.** L'envoi en possession définitif et l'absence prennent fin :

1° Par le retour de l'absent;

2° Par la preuve acquise de son existence. — Dans ces deux premiers cas, l'envoi définitif et la déclaration d'absence cessent de plein droit, pour l'avenir de produire leurs effets, d'après la règle posée plus haut en ce qui concerne l'envoi en possession provisoire (2); la dissolution de la communauté, qui avait paru s'opérer, est réputée ne s'être jamais produite (3), et les envoyés doivent restituer ses biens à l'absent ou à ses représentants conformément à l'art. 132, déjà expliqué.

**1244.** Cette restitution, on l'a déjà vu, peut être demandée quel que soit le délai écoulé depuis l'envoi définitif (4). Mais elle peut être aussi, dans tous les cas, imposée par les envoyés à l'absent qui, pour un motif quelconque, ne la réclamerait pas. C'est, selon nous, la conséquence inéluctable de la résolution de plein droit de l'envoi. Vainement a-t-on objecté que les envoyés avaient « demandé et obtenu les biens, non pas pour un temps, mais pour toujours, non

(1) Demolombe, II, n. 176.
(2) Cpr. Demante, I, n. 174 *bis*, I. — Cf. *supra*, n. 1172 s.
(3) Demolombe, II, n. 305 et 306.
(4) Demolombe, II, n. 179, 180 et 190; Laurent, II, n. 232.

pas pour les restituer à une époque quelconque, mais pour les garder absolument et indéfiniment », car, tout au contraire, leur propriété était essentiellement résoluble et il ne dépend pas de l'absent d'empêcher, dès que son existence est prouvée, l'avènement de la condition résolutoire ! Et, loin de contredire notre opinion, l'art. **132** la confirme bien plutôt, lorsqu'il dit que l'absent « recouvrera » ses biens, ce qui n'indique nullement qu'il n'y ait là pour lui, comme on l'a prétendu, qu'une simple faculté. Enfin la solution opposée n'aurait souvent d'autre résultat que de rendre nécessaire l'exercice par l'absent, qui reste dans tous les cas obligé personnellement envers ses créanciers, de recours contre les envoyés, recours dont notre doctrine permet de faire l'économie (1).

**1245.** 3° Par la preuve acquise du décès de l'absent. On règle alors définitivement la succession de l'absent, ainsi que la liquidation de la communauté (2), en se reportant à l'époque de son décès, de telle sorte que les envoyés en possession définitive pourront avoir à restituer les biens aux personnes qui ont la qualité d'héritiers de l'absent à cette époque : celles-ci ont, pour les y obliger, une action en pétition d'hérédité, soumise aux règles déjà posées pour le cas où l'envoi provisoire cesse par suite de la preuve de la mort de l'absent (3).

Mais il est entendu que, par l'exercice de cette action, les véritables héritiers ne peuvent obtenir que la restitution à laquelle aurait droit l'absent de retour lui-même, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent reprendre les biens qu'en l'état où ils se trouvent, conformément à l'art. **132**. On ne comprendrait pas, en effet, qu'ils pussent avoir des droits plus étendus que l'absent, et que la restitution à laquelle les envoyés sont tenus pût être différente suivant la cause qui met fin à leur envoi (4).

**1246.** Sous cette réserve, l'art. **130** est aussi bien applica-

(1) *Contra* : Demolombe, II, n. 177.
(2) Demolombe, II, n. 305 et 306. — Cpr. Demante, I, n. 172 *bis*, I à IV.
(3) Cf. *supra*, n. 1174 s.
(4) Aubry et Rau, I, § 157, p. 949, n. 18; Laurent, II, n. 243; Huc, I, n. 445. — Cpr. Demolombe, II, n. 196 et 197.

ble à la pétition d'hérédité formée après l'envoi définitif qu'à celle qui l'est après l'envoi provisoire. La vérité de cette proposition doit toutefois être établie, car elle a été contestée par quelques auteurs. Et d'abord le texte de la disposition précitée ne fait aucune distinction à cet égard. Or sa généralité est d'autant plus concluante que sa rédaction primitive excluait l'exercice de l'action en pétition d'hérédité après l'envoi définitif. En effet, dans le texte du projet présenté à la séance du 24 fructidor an IX, les mots « dans le cas du décès prouvé » étaient suivis de ceux-ci : « pendant l'envoi en possession provisoire », lesquels ont été précisément supprimés dans la rédaction définitive (1). En reconnaissant d'ailleurs une action de cette nature à tous ceux qui ont la qualité d'héritiers de l'absent au jour de son décès prouvé, contre les envoyés qui ne détiennent ses biens qu'en vertu d'un titre apparent qui disparaît devant la preuve de la réalité, l'art. 130 ne fait qu'appliquer le droit commun, auquel il eût fallu encore, à son défaut, se référer nécessairement. Effectivement, d'après le droit commun, les héritiers les plus proches d'une personne décédée peuvent exercer une action en pétition d'hérédité contre tous ceux qui détiennent eux-mêmes ses biens, en tout ou en partie, en qualité d'héritiers.

Qu'oppose-t-on à ce principe? On se prévaut, pour démontrer que l'art. 130 ne doit recevoir application que pendant la période de l'envoi en possession provisoire, et de sa liaison avec l'art. 131, dans lequel il n'est effectivement question que de cette période, et de ses termes mêmes, qui supposent une restitution de fruits à laquelle les envoyés définitifs ne sont jamais tenus. Mais ces arguments sont des plus fragiles. Car, d'une part, l'art. 130 a été placé immédiatement après une disposition qui ne s'occupe précisément que de l'envoi définitif (art. 129), de telle sorte que, loin de le rattacher à l'art. 131, il y a lieu bien plutôt de le considérer comme absolument général, à raison de sa place même. Et, d'autre part, de ce qu'il suppose une restitution de fruits, ainsi qu'il devait

(1) Cf. *Disc. au C. d'Et.*, Locré, *Lég.*, IV, p. 51, art. 19; p. 84, art. 17. — Cf. aussi Huguet, *Disc. au C. lég.*, Locré, *loc. cit.*, p. 176, n. 18.

le faire pour le cas où la pétition d'hérédité est intentée pendant l'envoi provisoire, il ne résulte nullement qu'il ne puisse être appliqué que tout autant qu'il y a lieu à semblable restitution : la généralité même de cette disposition obligeait à prévoir toutes les hypothèses.

Plus vainement encore a-t-on objecté que, si l'art. 130 devait être étendu à l'envoi définitif, les héritiers de l'absent autres que ses descendants pourraient redemander ses biens aux envoyés sans être soumis à l'application des art. 132 et 133, d'après lesquels l'absent et ses descendants sont tenus de reprendre les biens en l'état où ils se trouvent, de telle sorte que ceux-ci auraient été moins favorisés, contrairement à l'intention certaine du législateur, que les ascendants ou les collatéraux. Mais le code n'a nullement consacré cette inconséquence, car, ainsi qu'on l'a déjà dit, il est impossible de reconnaître aux héritiers de l'absent plus de droits qu'à l'absent lui-même. Tout au contraire il a fait à ses descendants une situation de faveur au point de vue de la prescriptibilité, sinon de leur action en pétition d'hérédité proprement dite, dont on s'occupe ici exclusivement, du moins de leur pétition d'hérédité utile ou de leur action en pétition de la possession de l'hérédité (1).

**1247.** La prescription de l'action en pétition d'hérédité qui appartient ainsi aux héritiers les plus proches de l'absent est gouvernée par les mêmes règles que celles qui ont été posées plus haut, pour la période de l'envoi en possession provisoire (2). Elle court donc, en principe, du jour du décès de l'absent (3). Et il n'y a pas à cet égard, selon nous, à faire de distinction entre le cas où l'action est exercée par les enfants

(1) Aubry et Rau, I, § 157, p. 947, n. 15; Demolombe, II, n. 192; Toullier, I, n. 455; Duranton, I, n. 530 et 531; Valette sur Proudhon, I, p. 336 s.; Delvincourt, I, p. 53, n. 6; Demante, I, n. 172 et 176; Laurent, II, n. 242; Fuzier-Herman, art. 130, n. 3; *Thémis*, 1823, V, p. 124 s. — *Contra :* Maleville, art. 130; Favard, *Rép.*, v° *Absence*, sect. III, § I; Zachariæ, édit. Massé et Vergé, I, § 103, p. 157, note 18.

(2) Cf. *supra*, n. 1178 et 1179.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 947 et 948, n. 16; Demolombe, II, n. 193; Duranton, I, n. 531; Valette sur Proudhon, I, p. 333, note *a;* Laurent, II, n. 244; Huc, I, n. 445. — *Contra :* de Moly, n. 703. — Cpr. Demante, I, n. 176 *bis*, II; Fuzier-Herman, art. 130, n. 4. — Cf. *supra*, n. 1178.

et descendants de l'absent et celui où elle l'est par tout autre héritier : ceux-là ne sauraient se prévaloir, en effet, de la dérogation apportée par l'art. 133 aux règles ordinaires, car elle n'est pas relative à la pétition d'hérédité proprement dite, ainsi qu'il résulte de l'intime liaison existant entre cette disposition et la précédente (art. 132), laquelle ne suppose pas le décès de l'absent (1).

1248. Toutefois cette action ne peut plus être exercée, à notre avis, lorsque, même avant que cette prescription ne soit acquise, il s'est écoulé trente ans depuis le jour de l'envoi en possession définitif (2). Sans doute, ainsi que l'objecte M. Demolombe, la prescription ne saurait courir contre un droit tant qu'il n'est pas ouvert. Mais il faut observer qu'indépendamment de la prescription extinctive de l'action en pétition d'hérédité, qui ne peut courir évidemment au profit des envoyés qu'à compter du décès, il court à leur profit une prescription acquisitive du jour de l'envoi définitif, ou plus exactement du jour où ils sont entrés, à la suite de cet envoi, en possession des biens de l'absent, puisque ces biens, ils les ont possédés à partir de ce jour, vis-à-vis de toutes personnes, l'absent excepté, en qualité de propriétaires.

### IV. *De l'action en pétition d'hérédité utile ou en pétition de la possession de l'hérédité.*

1249. Pour qu'il y ait lieu à l'action en pétition d'hérédité relativement à la succession d'un absent, il faut que son décès soit prouvé. Le demandeur se fonde alors sur sa qualité d'héritier le plus proche à ce jour pour réclamer aux envoyés en possession provisoire ou définitive la restitution des biens de l'absent.

L'action dont il va être maintenant question, et qu'on appelle action utile en pétition d'hérédité ou encore action en pétition de la possession de l'hérédité, suppose au contraire que ce décès n'est pas établi. Dans celle-ci, le demandeur

(1) Demolombe, II, n. 194. — *Contra* : Aubry et Rau, I, § 157, p. 946 et 947, n. 13. — Cpr. Demante, I, n. 176 *bis*, II.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 947, n. 14, et p. 948 et 949, n. 17.

invoque uniquement, pour obtenir la restitution des biens, sa qualité d'héritier présomptif de l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles; et il demande lui-même à être envoyé en possession, soit à l'exclusion des envoyés, soit concurremment avec eux. Cette action est donc intentée par un héritier putatif, tandis que l'action en pétition d'hérédité proprement dite est intentée par un héritier réel. Marcadé dit que celle-ci a pour objet la propriété des biens, tandis que l'action utile a pour objet leur possession seulement. La vérité est que les deux actions ont le même objet, savoir la possession, que le réclamant n'a pas et qu'il veut obtenir. C'est par leur cause qu'elles diffèrent, et non par leur objet : dans la première, le réclamant se fonde sur ce qu'il est héritier et par suite propriétaire; dans la deuxième, sur ce que c'est lui qui avait droit à l'envoi provisoire ou définitif.

**1250.** Lorsqu'une personne demande ainsi à être elle-même envoyée en possession, à l'exclusion de ceux qui ont obtenu l'envoi ou conjointement avec eux, elle doit former directement sa réclamation en intentant contre ces derniers l'action qu'on qualifie d'action utile en pétition d'hérédité, sans avoir à faire tomber par la voie de la tierce opposition le jugement qui a ordonné l'envoi (1). Toutefois, d'après une autre opinion (2), cette personne devrait directement, et suivant la procédure ordinaire, demander cet envoi au tribunal, au lieu de diriger son action contre ceux qui l'ont déjà obtenu, et sauf à les mettre en cause. Mais cette opinion nous paraît difficilement admissible, comme permettant aux intéressés de faire abstraction d'un jugement régulièrement rendu au profit des premiers envoyés. S'ils ne sont pas obligés de le faire tomber pour que leurs prétentions triomphent, il n'en subsiste pas moins avec ses effets, dont ils réclament seulement à s'approprier ou à partager le profit à compter de leur demande.

**1251.** Cette action se prescrit par trente ans, conformément au droit commun (art. 2262).

(1) A Raubrye u, I, § 152, p. 919 et 920, n. 10; Demolombe, II, n. 181; Huc, I, n. 441; Fuzier-Herman, art. 120, n. 21. — Civ. rej., 3 déc. 1834, S., 35. 1. 230, D., 35. 1. 153.

(2) Huc, *loc. cit.*

Mais le point de départ de cette prescription varie suivant que l'action est intentée par les descendants de l'absent ou par toutes autres personnes.

1° L'action est intentée par des personnes autres que les descendants de l'absent. Cette hypothèse doit être examinée la première, parce qu'elle est, à la différence de la seconde, de tous points régie par les principes du droit commun. La prescription court alors du jour de l'envoi provisoire. C'est de ce jour en effet que s'est ouvert pour ces personnes le droit de demander à celles qui ont été envoyées à leur préjudice la restitution des biens de l'absent, et par suite leur droit s'est éteint et la prescription extinctive est acquise trente ans après : peu importe dès lors la nature du droit des envoyés, qui n'influe en rien sur cette solution (1).

En général, cette action ne pourra donc pas être exercée après l'envoi définitif, lequel est prononcé d'ordinaire trente ans après l'envoi provisoire. Elle peut l'être néanmoins même après l'envoi définitif, dans les cas où elle n'est pas encore prescrite : ce qui peut arriver, soit par suite de la suspension ou de l'interruption de la prescription, soit parce que l'envoi définitif a été prononcé moins de trente ans après l'envoi provisoire, sur ce fondement qu'il s'est écoulé cent années depuis la naissance de l'absent. L'art. 133 n'est nullement contraire à cette solution, expressément admise par M. Laurent (2), et sur laquelle la plupart des auteurs ne prennent pas la peine de s'expliquer, lorsque même ils ne la contredisent pas implicitement par la généralité de leurs propositions (3). Les principes la justifient du reste pleinement, toute action qui n'est pas éteinte par la prescription pouvant être exercée : or aucune disposition légale n'a décidé que l'envoi définitif s'opposerait à cet exercice. Et de ce que l'art. 133 le rend tou-

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, art. 120, n. 4; Aubry et Rau, I, § 152, p. 920, n. 10, et § 153, p. 929, n. 26; Demolombe, II, n. 182; Toullier, I, n. 454; Duranton, I, n. 511; Valette sur Proudhon, I, p. 333; Demante, I, n. 176 *bis*, II et III; Laurent, II, n. 238 et 240; Huc, I, n. 445; Fuzier-Herman, art. 133, n. 5; Plasman, I, p. 253 s. — Civ. rej., 3 déc. 1834, S., 35. 1. 230, D., 35. 1. 153. — *Contra :* de Moly, n. 689; Talandier, p. 236 s.

(2) II, n. 240; Fuzier-Herman, art. 133, n. 6.

(3) Aubry et Rau, I, § 157, p. 946, n. 11.

jours possible pour les descendants de l'absent pendant les trente années qui suivent cet envoi, on ne saurait évidemment conclure qu'il est après cet envoi absolument impossible pour toutes autres personnes, lors même que leur action n'est pas encore prescrite.

**1252.** 2° L'action est intentée par les descendants de l'absent. « *Les enfants et descendants directs de l'absent pourront éga-* » *lement, dans les trente ans, à compter de l'envoi définitif,* » *demander la restitution de ces biens, comme il est dit en* » *l'article précédent* » (Art. 133).

Ainsi, par un privilège qui leur est accordé, les descendants de l'absent peuvent agir dans les trente ans à compter de l'envoi définitif, et non à compter de l'envoi provisoire comme ils eussent dû le faire si on leur avait appliqué le droit commun (1). Leur droit n'est donc pas imprescriptible comme celui de leur auteur, mais il est soumis à une prescription plus longue que celle qui éteint le droit de tous les autres parents de l'absent.

Ce privilège appartient d'ailleurs à tous les descendants de l'absent, c'est-à-dire à tous ses enfants, légitimes ou naturels, et à leurs descendants légitimes (2). Il va de soi, au surplus, que l'action dont la prescription est ainsi réglée ne peut être exercée que par ceux des descendants de l'absent qui avaient capacité et qui étaient en ordre utile pour lui succéder au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles.

**1253.** Nous avons toujours supposé jusqu'ici qu'il s'agissait, dans l'art. 133, d'une véritable prescription, mais on se demande s'il en est réellement ainsi, et si par conséquent elle est suspendue au profit des descendants de l'absent lorsqu'ils sont mineurs ou interdits (art. 2252), ou, au contraire, s'il s'agit d'une simple déchéance résultant de l'expiration d'un délai préfix, de telle sorte que les descendants soient néces-

(1) Aubry et Rau, I, § 157, p. 946, n. 12; Demolombe, II, n. 183 et 184; Toullier, I, n. 451; Duranton, I, n. 512; Demante, I, n. 176; Laurent, II, n. 238; Huc, I, n. 445; Fuzier-Herman, art. 133, n. 1.

(2) Cf. la note précédente, et Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 946, n. 11; Demante, I, n. 176 *bis*, I; Delvincourt, I, p. 53, note 5.

sairement déchus au bout de trente ans, s'ils n'ont pas intenté leur action. On a invoqué en faveur de cette dernière opinion l'art. 2264, aux termes duquel « les règles de la prescription sur d'autres objets que ceux mentionnés dans le présent titre sont expliquées dans les titres qui leur sont propres ». Mais ce premier argument est bien fragile. L'art. 2264 ne signifie pas que les règles établies au Titre *de la prescription* (notamment celles relatives à la suspension) sont inapplicables aux prescriptions établies par le législateur en dehors du titre spécial consacré à la matière : il signifie simplement que celui-ci n'abroge pas les règles particulières édictées par la loi, en dehors de ce Titre, pour certaines prescriptions spéciales. Inutilement dit-on encore que la disposition de l'art. 133, étant exorbitante et n'employant pas d'ailleurs le mot de prescription, doit « se restreindre strictement dans ces termes ». Car, si cette disposition déroge au droit commun en ce qui concerne le point de départ du délai qu'elle fixe, pourquoi veut-on qu'elle y déroge encore au point de vue des causes ordinaires qui suspendent le cours de ce délai ?

Il y a d'autant moins de raisons pour supposer, malgré son silence, que c'est pourtant ce qu'elle a fait, qu'on arrive ainsi à interpréter dans un sens qui peut devenir contraire à l'intérêt des descendants une disposition écrite en leur faveur. En effet, si ce texte n'existait pas, l'action de ces descendants, restés sous l'empire du droit commun, aurait été, à la vérité, prescriptible par trente ans à compter de l'envoi provisoire ; mais du moins cette prescription aurait été certainement suspendue par leur minorité, de telle sorte que, par une série de suspensions plus ou moins longues, leur action aurait pu parfois s'exercer utilement plus de trente ans après l'envoi définitif. Comment veut-on qu'il en soit autrement, uniquement parce que le point de départ du délai qui leur est accordé pour agir a été retardé par l'art. 133 ? Bien mieux, la prescription de l'action des héritiers présomptifs de l'absent autres que ses descendants est, de l'aveu de tous, soumise à toutes les causes ordinaires de suspension ou d'interruption de la prescription : serait-il possible qu'il en fût différemment de la prescription de l'action qui appartient aux descendants ? Au

surplus, s'il faut ajouter un dernier motif à tant de raisons décisives, il est d'autant plus probable qu'il s'agit d'une véritable prescription que le délai fixé est précisément celui qui forme le droit commun de la matière (art. **2262**) (1).

**1254.** Pour déterminer l'étendue de la restitution à laquelle ont droit les personnes qui intentent l'action utile en pétition d'hérédité, il faut, sans rechercher quelle est leur parenté avec l'absent, distinguer suivant qu'elles agissent pendant l'envoi provisoire ou pendant l'envoi définitif. Tout dépend en effet de la nature des droits qu'ont les envoyés sur les biens de l'absent au moment où ils sont recherchés.

**1255.** Si l'action est intentée pendant l'envoi provisoire, la restitution comprend tout ce qu'elle comprendrait si elle était faite à l'absent de retour lui-même. En d'autres termes, les envoyés, au cas où la prétention des demandeurs est reconnue fondée, doivent restituer, outre les biens, en l'état où l'absent a le droit de les recevoir lorsqu'il revient durant cette période, la part de fruits qui ne leur est pas acquise aux termes de l'art. **127**. Quel est en effet l'objet de cette action ? De faire passer le patrimoine de l'absent, en totalité ou en partie, des mains de ceux qui ont obtenu l'envoi provisoire, au préjudice des véritables héritiers présomptifs de l'absent, dans les mains de ces derniers, de substituer de nouveaux envoyés aux anciens. Donc ce patrimoine doit être restitué aux réclamants, non point sans doute en l'état où il était lorsque le premier envoi a été prononcé, car on ne saurait faire abstraction de celui-ci et supprimer les effets de l'administration et de la jouissance régulières des premiers envoyés, mais en l'état où il devrait être restitué à l'absent lui-même s'il revenait, de façon qu'éventuellement les nouveaux envoyés puissent lui faire à leur tour cette remise, sans qu'il ait à s'adresser, pour faire valoir certains de ses droits, aux anciens. En

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Absent,* art. 133; Aubry et Rau, I, § 157, p. 946, n. 12; Demolombe, II, n. 185; Toullier, I, n. 453; Valette sur Proudhon, I, p. 335, note *a;* Huc, I, n. 445; Fuzier-Herman, art. 133, n. 4; de Moly, n. 690 s.; Plasman, I, p. 249 s. — *Contra :* Delvincourt, I, p. 53, note 6; Proudhon, I, p. 335; Duranton, I, n. 513; Demante, I, n. 176 *bis,* IV ; Marcadé, I, art. 133-VI, n. 454; Talandier, p. 235.

conséquence les demandeurs doivent recevoir les biens de l'absent grossis de la part des fruits qui lui est réservée par l'art. 127, et les envoyés sont responsables envers eux de tous les actes qu'ils ont accomplis, exactement comme ils le seraient envers l'absent de retour (1).

Beaucoup d'auteurs règlent, au contraire, plus ou moins complètement les rapports des anciens et des nouveaux envoyés par les principes établis en matière de pétition d'hérédité et de legs. D'après eux, suivant que ceux qui ont obtenu l'envoi provisoire au détriment des héritiers plus proches sont de bonne ou de mauvaise foi, ils doivent, ou garder tous les fruits perçus jusqu'au jour de la demande, ou les restituer tous. L'art. 127 devrait donc être absolument écarté. Ne s'agit-il point, observent-ils, d'une action utile en pétition d'hérédité? Dès lors il convient d'appliquer les règles relatives aux effets de cette action (2).

Mais il nous paraît qu'on abuse ainsi du nom, plus ou moins exact et précis, donné à l'action qui nous occupe. La vérité est que, si elle ressemble à la pétition d'hérédité proprement dite, elle en est cependant tout à fait distincte, puisqu'elle est exercée par une personne qui ne peut démontrer que l'hérédité soit ouverte. Son but est nettement déterminé: c'est de transporter le bénéfice de l'envoi provisoire d'une personne à une autre. Ses effets doivent donc, conformément aux considérations qu'on a exposées plus haut, être réglés par les principes de l'absence, et non par ceux de la pétition d'hérédité. Qu'arriverait-il, si ces derniers étaient au contraire appliqués, en cas de retour de l'absent? Celui-ci pourrait avoir à faire valoir ses droits, et contre ceux qui seraient actuellement en possession de ses biens, et contre ceux qui, ayant été envoyés en possession les premiers, auraient conservé par devers eux une portion de fruits à laquelle ils n'ont pas

(1) Demolombe, II, n. 187-189; Laurent, II, n. 241. — Rouen, 7 déc. 1840, S., 41. 2. 209 et note, D., *Rép.*, v° *Absence*, n. 328. — Cpr. Demante, I, n. 177 *bis*, I et II; de Moly, n. 485 et 486.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, art. 127; Aubry et Rau, I, § 153, p. 931, n. 32 et 33; Delvincourt, I, p. 52, note 9; Duranton, I, n. 497; Plasman, I, p. 163 s.; Talandier, p. 182. — Civ. cass., 30 août 1820, S., 20. 1. 442, D., *Rép.*, v° *Absence*, n. 332. — Agen, 16 avril 1822, S., 23. 2. 65, D., *verb. cit.*, n. 327. — Cf. *supra*, n. 1142.

droit dans leurs rapports avec l'absent, aux termes de l'art. 127, mais qu'ils auraient retenue, à raison de leur bonne foi, dans leurs rapports avec les nouveaux envoyés. Et que serait-ce, si, appliquant jusqu'au bout les principes de la pétition d'hérédité, on décidait que les envoyés anciens, quand ils sont de bonne foi, ne sont tenus envers les nouveaux que *quatenus locupletiores facti sunt?* L'absent de retour aurait alors un double règlement à faire, avec les anciens d'abord, puis avec ceux à qui ils auraient restitué dans la mesure de leur enrichissement. Outre toutes ces complications, l'opinion que nous combattons aurait enfin ce singulier résultat que la bonne foi de l'envoyé, qui a cru à l'existence de son titre, lui procurerait des avantages plus considérables que ceux qu'il aurait retirés de ce titre, s'il avait existé réellement, puisque celui-ci l'obligeait à conserver une certaine portion des fruits et à ne pas dégrader les biens de l'absent.

**1256.** Si l'action est intentée pendant l'envoi définitif, il n'est pas douteux que les envoyés ne sont en aucun cas tenus à la restitution des fruits, et qu'ils ne sont obligés de restituer les biens eux-mêmes qu'en l'état où ils se trouvent. En effet les ayants cause de l'absent ne peuvent avoir plus de droits qu'il n'en aurait lui-même, s'il reparaissait. Ces propositions sont d'ailleurs formellement consacrées par l'art. 133, qui renvoie à l'art. 132, pour le cas où l'action est exercée par les descendants de l'absent, et elles s'imposent, par identité de motifs et même par *a fortiori,* lorsqu'elle est exercée par toutes autres personnes (1).

## CHAPITRE II

### DE L'ABSENCE QUANT AUX DROITS ÉVENTUELS QUI PEUVENT COMPÉTER A L'ABSENT

**1257.** Variable suivant les périodes, le régime auquel sont soumis les biens d'un absent, présumé ou déclaré, ne s'appli-

(1) Aubry et Rau, I, § 157, p. 949, n. 18; Demolombe, II, n. 186; Laurent, II, n. 239 et 241; Fuzier-Herman, art. 133, n. 3.

que qu'à son patrimoine tel qu'il se comportait au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles. Mais que deviennent les droits qui, s'il était vivant, y seraient entrés depuis cette époque, ceux que la loi qualifie, dans la rubrique de notre section, d' « éventuels », et qui peuvent être définis tous ceux dont l'acquisition par une personne est subordonnée à la condition de son existence au moment même de leur ouverture? Cette ouverture n'ayant eu lieu, par hypothèse, qu'après qu'est née l'incertitude qui pèse sur la vie de l'absent, à qui profitent-ils? Est-ce à l'absent ou à ses représentants, ou bien à ceux, au contraire, qui bénéficieraient de ce qu'il ne pourrait ou ne voudrait les exercer? C'est à cette question que répondent les art. 135 et suivants, dont les dispositions ne sont, au reste, que l'application pure et simple du droit commun.

« *Quiconque,* dit l'art. 135, *réclamera un droit échu à un* » *individu dont l'existence ne sera pas reconnue, devra prou-* » *ver que ledit individu existait quand le droit a été ouvert :* » *jusqu'à cette preuve, il sera déclaré non recevable dans sa* » *demande* ». Rien de plus conforme aux principes : lorsque la naissance d'un droit est subordonnée à la condition de l'existence d'une personne, nul ne peut le réclamer qu'à la charge de prouver que cette condition est remplie. Or cette preuve est impossible lorsque le droit est établi sur la tête d'un absent, qu'il doive s'ouvrir à son profit ou au profit d'un tiers, puisque son état d'absence prive justement de tout moyen de démontrer qu'il était vivant lors de l'ouverture du droit. Celle-ci ne saurait donc pas se produire, et telle est la décision de l'art. 135, laquelle aurait pu d'ailleurs être conçue en termes plus généraux, pour comprendre tous les droits dont l'acquisition est subordonnée à l'existence de l'absent lors de leur ouverture, quel qu'en soit le bénéficiaire, et que ce soit l'absent ou un tiers (1).

**1258.** Le principe sur lequel repose l'article en détermine clairement le domaine d'application.

Il s'applique d'abord dans tous les cas où il y a incertitude

(1) Aubry et Rau, I, § 158, p. 950, n. 1; Demolombe, II, n. 201; Demante, I, n. 179; Laurent, II, n. 252; Huc, I, n 447; Fuzier-Herman, art. 135, n. 1.

sur l'existence dont dépend celle du droit même, que la personne dont le sort est devenu douteux soit, lors de l'ouverture de celui-ci, en état d'absence déclarée ou simplement de présomption d'absence. La remarque en fut faite au conseil d'Etat, et, pour prévenir toute équivoque à cet égard, on remplaça le terme « absent », qui figurait dans la rédaction primitive, par les mots « dont l'existence ne sera pas reconnue », lesquels peuvent s'entendre de toutes les périodes de l'absence. Qu'importe en effet celle où l'on se trouve, dès lors que celui qui réclame un droit du chef de l'absent ne peut pas établir qu'il était vivant lorsque ce droit s'est ouvert et justifier par là du bien fondé de sa demande? Vainement a-t-on opposé à cette solution l'art. **113**, qui suppose nécessairement que l'intérêt de l'absent était déjà né avant sa disparition ou ses dernières nouvelles. Plus inutilement encore a-t-on objecté qu'à s'éloigner, pour si peu de temps que ce fût, de son domicile, on courrait alors le risque de voir ses droits compromis ou déniés, sous le prétexte que la vie de leur titulaire n'est plus certaine (1).

**1259.** Encore faut-il en effet qu'il y ait une réelle incertitude sur l'existence de ce titulaire : il ne suffit pas qu'elle soit méconnue par les intéressés, sans motifs plausibles. Par les expressions qu'à dessein elle emploie, la loi entend que cette existence est effectivement devenue douteuse et que l'état de présomption d'absence est caractérisé ; or on sait qu'en cas de difficulté à cet égard le tribunal jouit du plus ample pouvoir d'appréciation. Si celui du chef duquel le droit est réclamé est donc simplement reconnu non présent, il y aura lieu à l'application des mesures conservatoires (apposition des scellés et

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Absence*, art. 136, n. 2 et 3 ; Aubry et Rau, I, § 158, p. 950, n. 1 *bis* ; Demolombe, II, n. 203 s. ; Proudhon, I, p. 265 ; Toullier, I, n. 477 et 478 ; Duranton, I, n. 535 ; Demante, I, n. 179 *bis*, I et II ; Laurent, II, n. 253 ; Huc, I, n. 447 ; Planiol, III, n. 1720 ; Surville, I, n. 532-I ; Fuzier-Herman, art. 135, n. 2, et art. 136, n. 2, 9 et 10 ; de Moly, n. 621 s. ; Plasman, I, p. 327 s. — Paris, 27 mai 1808, S., 8. 2. 193, concl. de M. Mourre, D., *Rép.*, v° *Absence*, n. 521. — Rennes, 9 avril 1810, S., 10. 2. 246, D., *Rép.*, v° *Absence*, n. 250. — Civ. rej., 30 août 1826, S., 27. 1. 157, D., 27. 1. 15. — Metz, 3 janv. 1860, D., *Rép.*, *suppl.*, v° *Absence*, n. 78. — Alger, 4 mai 1896, S., 98. 2. 140, D., 97. 2. 364. — *Contra* : Malleville, art. 135. — Cpr. Paris, 26 fév. 1826, S., 27. 2. 16, D., 27. 2. 20.

inventaire) prescrites par les art. 909-3°, 928, 931 et 942 C. pr. On voit par là qu'à la faveur du pouvoir qui leur appartient, il dépendra des tribunaux de retarder l'application des art. 135 et suivants, en se refusant à reconnaître l'incertitude de la vie de l'absent, toutes les fois qu'il y aura des raisons sérieuses de croire qu'elle peut cesser prochainement et qu'il sera dès lors opportun de protéger jusque-là ses intérêts, et en faisant respecter ainsi provisoirement les droits qui viennent de s'ouvrir à son profit (1).

**1260.** Notre disposition s'applique ensuite à tous les droits éventuels, quels qu'ils soient, c'est-à-dire à tous ceux dont la naissance est subordonnée à l'existence de l'absent, et notamment, toutes les fois qu'il s'ouvre au profit de l'absent postérieurement à sa disparition ou à ses dernières nouvelles :

1° Au droit de succession *ab intestat* (art. 725) ;

2° Au droit au legs (art. 1039 et 1040) (2) ;

3° Au droit de retour conventionnel (art. 951) ;

4° Au droit à une substitution (art. 1048, 1049 et 1053) ;

5° Au droit résultant d'une donation de biens à venir (art. 1089) ;

6° Au droit de préciput en cas de survie (art. 1515) ;

7° Au droit aux arrérages à échoir d'une rente viagère établie sur la tête de l'absent (art. 1983) (3). Dans ce dernier cas, par application du principe général, l'absence nuirait donc à des tiers, si le crédi-rentier était une autre personne que l'absent lui-même.

**1261.** Que devient alors le droit dont l'ouverture ne peut avoir lieu par suite de l'absence ? Il est considéré comme ne pouvant naître tant que dure l'incertitude sur le sort de l'ab-

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 951, n. 2 ; Demolombe, II, n. 205 ; Toullier, I, n. 479 ; Duranton, I, n. 536 ; Demante, I, n. 179 *bis*, III ; Laurent, II, n. 253 ; Huc, I, n. 449 ; Planiol, III, n. 1722. — Req. rej., 21 nov. 1887, S., 88. 1. 324, D., 88. 1. 165. — Req. rej., 23 nov. 1891, S., 92. 1. 16. — Cpr. Paris, 25 nov. 1903, D., 1904. 2. 318. — Civ. cass., 8 mars 1904, D., 1904. 1. 266.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 954 et 955 ; Planiol, III, p. 321, note 1. — Poitiers, 22 janv. 1883, D., 84. 2. 165.

(3) Aubry et Rau, I, § 158, p. 956, n. 16 ; Demolombe, II, n. 200 ; Laurent, II, n. 252 ; Huc, I, n. 448. — Req. rej., 8 déc. 1824, S., 25. 1. 158, D., 25. 1. 54. — Alger, 29 mai 1886, sous Cass., S., 89. 1. 217. — Cf. Fuzier-Herman, art. 135, n. 4.

sent, et par suite tous ceux qui étaient appelés à profiter de son non-exercice sont admis à faire valoir leurs propres droits (1). Tel est le principe général, dont l'art. 136 ne contient qu'une application particulière : la situation qui dérive de l'absence en ce qui concerne le droit dépend de sa nature. S'il n'était susceptible d'appartenir qu'à l'absent, comme étant viager, il sera, provisoirement au moins, ou réputé éteint, ou considéré comme n'ayant jamais pris naissance : tel sera le cas pour une rente viagère ou un legs d'usufruit. Si, à défaut de l'absent, il devait être dévolu à d'autres personnes, comme un droit de succession, celles-ci seront appelées à le recueillir à sa place, soit par droit d'accroissement, soit par droit de dévolution proprement dite. C'est au surplus ce que décide formellement l'art. 136, ainsi conçu : « *S'il s'ouvre une succession à laquelle soit appelé un individu dont l'existence n'est pas reconnue, elle sera dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut.* »

**1262.** Tout se passe donc, en pareil cas, comme si l'absent était mort et avait laissé sa place inoccupée. Et la succession revient, soit à ses cohéritiers, soit aux héritiers du degré ou de l'ordre subséquent (2), soit enfin à ceux qui entrent dans ses droits par suite de la représentation. Ce dernier point, autrefois contesté, est aujourd'hui universellement admis (3). Vainement opposerait-on en effet aux représentants de l'absent qu'ils ne peuvent exercer ses droits dans l'hérédité, ni de son chef, puisqu'ils ne prouvent pas son existence lors de l'ouverture de celle-ci, ni par représentation, puis-

(1) Cpr. Aubry et Rau, I, § 158, p. 952; Demante, I, n. 179 *bis*, I; Huc, I, n. 448; Planiol, III, n. 1721.

(2) Cpr. Civ. cass., 23 mars 1841, S., 41. 1. 320, D., 41. 1. 177.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, art. 136, n. 6; Aubry et Rau, I, § 158, p. 952, n. 3; Demolombe, II, n. 209; Duranton, I, n. 547; Valette sur Proudhon, I, p. 353 s.; Delvincourt, I, p. 54, note 5; Demante, I, n. 179 *bis*, V; Laurent, II, n. 255; Huc, I, n. 448; Planiol, III, n. 1767; Fuzier-Herman, art. 136, n. 12; de Moly, n. 640; Biret, p. 121; Delalleau, S., 1815. 2. 45. — Paris, 27 janv. 1812, S., 12. 2. 292, D., *Rép.*, v° *Absence*, n. 510. — Req. rej., 10 nov. 1824, S., 25. 1. 167, D., 25. 1. 36. — *Contra :* Proudhon, I, p. 347 s.; Favard, *Rép.*, v° *Absence*, sect. III, § 2, n. 2; Plasman, I, p. 333. — Cf. Baudry-Lacantinerie, et Wahl, *Des successions*, 3e édit., 1905, I, n. 334.

qu'ils n'établissent pas son décès et qu'on ne représente pas les personnes vivantes. Car il serait inadmissible que les intéressés pussent se prévaloir de l'incertitude qui pèse sur l'existence de l'absent, à la fois pour l'exclure, comme décédé, et pour repousser ceux qui le représentent, sous le prétexte qu'il est vivant. Si l'absence détruit son titre, du même coup elle laisse apparaître celui des personnes admises à exercer des droits qu'il ne peut réclamer lui-même : or l'un de ces droits consiste précisément, pour ses descendants, à invoquer le bénéfice de la représentation. Et il n'y aurait aucune raison pour que le doute né au sujet de la vie de leur auteur profitât à tout le monde, sauf à eux.

**1263.** Lorsqu'un droit éventuel s'ouvre au profit d'un individu dont l'existence n'est pas reconnue, il ne dépend de personne de le faire entrer définitivement, malgré son état d'absence, dans son patrimoine. Ainsi un testateur ne pourrait pas, pour prévenir l'exclusion d'un absent, confier à un exécuteur testamentaire le soin de gérer la part qu'il lui laisse, jusqu'à ce qu'on fût sorti de l'incertitude dans laquelle on est au sujet de son existence. Contre cette disposition les intéressés pourraient se prévaloir de l'art. 136 (1).

**1264.** Mais il est possible cependant que le droit de l'absent ait été reconnu par les autres intéressés, soit obligatoirement, parce que la justice n'a pas admis que son existence fût encore incertaine (2), soit volontairement, parce que, mus par un sentiment de délicatesse, ils n'ont pas voulu réclamer son exclusion : en fait, son existence a été tenue pour démontrée, et on lui a réservé, par exemple, sa part dans la succession à laquelle il était appelé. Si les doutes nés au sujet de son existence s'accentuent, ou si même l'absence est ultérieurement déclarée, que vont devenir les biens ainsi attribués à l'absent? On sait déjà (3) qu'ils ne sauraient être compris dans l'envoi en possession provisoire. Ils continueront donc

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 953, n. 9 ; Fuzier-Herman, art. 136, n. 11. — Aix, 30 août 1811, S., 12. 2. 27, D., *Rép.*, v° *Absence*, n. 492. — Cpr. cep. Bruxelles, 3 juin 1809, S. chr., III. 2. 80.

(2) Cpr. Civ. cass., 8 mars 1904, D., 1904. 1. 246.

(3) Cf. *supra*, n. 1111.

à être administrés conformément aux art. 112 et s., à moins que les personnes appelées à les recueillir à défaut de l'absent ne se prévalent de l'incertitude qui plane sur sa vie pour réclamer l'application des art. 135 et 136, ce qui est certainement leur droit. Car, outre qu'elles ne doivent pas être victimes de leurs scrupules, on ne saurait leur opposer, ni la première décision de justice, qu'est venu remplacer plus tard le jugement de déclaration d'absence, ni leur renonciation primitive, qui s'inspirait des circonstances du moment et sur laquelle il doit leur être permis de revenir dès que celles-ci ont changé. L'intérêt de l'absent même commande enfin qu'il ne soit pas nécessaire, pour les intéressés, de l'exclure aussitôt que le droit s'ouvre à son profit, sous peine de ne plus pouvoir l'exclure jamais : sans quoi, pour plus de sûreté, son exclusion ne manquerait guère d'être soigneusement réclamée de suite par ceux qui doivent en recueillir le bénéfice (1).

**1265.** Du principe général de l'art. 135 il suit encore que, lorsqu'une personne dont l'existence est incertaine est appelée à une succession en qualité d'héritier réservataire, son titre héréditaire étant à considérer comme n'existant pas, elle ne saurait certainement entrer en ligne de compte pour le calcul de la réserve et de la quotité disponible (2).

**1266.** Ceux à qui un droit éventuel est attribué à l'exclusion d'un absent, par application des art. 135 et 136, ne bénéficient pas de ce droit en qualité d'envoyés en possession provisoire, mais bien en qualité de titulaires directs du droit. Il entre aussitôt dans leur patrimoine, sans avoir jamais dépendu de celui de l'absent, et dès lors ils ne sauraient être à aucun égard réputés les représentants de celui-ci. De là toute

(1) Aubry et Rau, I, § 158, p. 953, n. 10; Demolombe, II, n. 206 et 207; Duranton, I, n. 536; Demante, I, n. 156 *bis*, IV, et n. 179 *bis*, IV; Huc, I, n. 449; Planiol, III, n. 1723. — Cpr. Proudhon, I, p. 284. — Bruxelles, 18 nov. 1886, D., 87. 2. 155.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 954, n. 13; VII, § 680, p. 169, n. 6, et § 681, p. 173, n. 3; Demolombe, II, n. 202; Laurent, II, n. 254; Huc, I, n. 447; Planiol, III, p. 321, note 1; Fuzier-Herman, art. 136, n. 14. — Toulouse, 1er mai 1823, S., 23. 2. 232, D., 23. 2. 156. — Bordeaux, 11 janvier 1834, S., 34. 2. 312, D., 34. 2. 103.

une série de différences entre leur situation et celle des envoyés.

Ils n'ont point d'abord à obtenir une décision judiciaire qui devienne le titre de leur possession (1) : celui-ci est ailleurs. Il devra sans doute être reconnu par la justice, s'il est contesté, mais il n'en sera pas moins antérieur à la décision qu'elle rendra. Il est né en effet de l'incertitude qui plane sur la vie de l'absent. Et c'est pourquoi, tandis que l'envoi en possession ne peut être obtenu qu'après l'expiration d'un certain délai, écoulé depuis le jour de la disparition ou des dernières nouvelles, et qu'après la déclaration d'absence, la dévolution qui s'opère aux termes des art. 135 et 136 se produit par cela seul que l'existence du titulaire est incertaine au moment de l'ouverture du droit. Mais on a déjà vu qu'elle peut être, de fait, retardée, lorsque le juge se refuse à reconnaître cette incertitude.

**1267.** La loi a imposé aux envoyés en possession provisoire des garanties de restitution, dont aucune n'est exigée de la part de ceux qui sont appelés à recueillir un droit éventuel à l'exclusion d'un absent. On ne saurait donc approuver les auteurs et les quelques décisions judiciaires qui leur imposent notamment, en pareil cas, l'obligation de faire inventaire. Inutilement a-t-on dit que ces mesures conservatoires peuvent seules garantir efficacement la restitution à laquelle pourront avoir droit l'absent ou ses ayants cause. Si la loi peut être justement critiquée pour son défaut de prévoyance, et avec d'autant plus de force qu'elle a multiplié les garanties, soit en faveur de l'absent vis-à-vis des envoyés en possession provisoire, soit en faveur des héritiers légitimes vis-à-vis des successeurs irréguliers (art. 769 et 771), rien n'autorise à en combler sur ce point les lacunes et à suppléer à son silence. Or d'aucune des dispositions de notre Titre on ne peut inférer l'obligation, pour ceux qui sont appelés à l'exclusion de l'absent, de garantir par des mesures appropriées la restitution à laquelle ils sont éventuellement tenus envers lui. Le juge peut, sans doute, en considérant celui qui s'est éloigné de son

(1) Demante, I, n. 179 *bis*, I, et n. 180; Planiol, III, n. 1721.

domicile comme non présent, ordonner en sa faveur les mesures conservatoires prescrites par les art. 819 C. civ., 911 s. et 942 C. pr. Mais il n'en saurait imposer aucune dans son intérêt, dès qu'il a constaté l'incertitude qui plane sur son existence. Et nul ne pourrait, même à ses frais, obliger par exemple ceux qui bénéficient de l'exclusion de l'absent à admettre un notaire qui le représentât à l'inventaire auquel ils procéderaient, et, à plus forte raison, les obliger à la confection de cet inventaire (1).

**1268.** Enfin, à la différence des envoyés en possession provisoire, qui ne sont que des dépositaires ou plutôt des administrateurs des biens de l'absent, ceux qui profitent de son exclusion en vertu des art. 135 et 136 sont de véritables propriétaires, dont le droit de disposition, quoique résoluble, n'a pas de limites. Leur patrimoine s'est accru de tout ce dont aurait augmenté celui de l'absent sans son absence ; et il n'y a pas, au moins tant que dure celle-ci, à faire de différence entre les biens qui y sont entrés de la sorte et ceux qui s'y trouvaient auparavant. Notamment les biens par eux recueillis à défaut de l'absent sont exposés, au même titre que tous les autres, aux poursuites de leurs créanciers (2).

**1269.** Mais leur droit n'est cependant pas irrévocable : né d'un état d'incertitude, il doit cesser dès qu'il est constant que l'absent existait encore lorsque le droit éventuel s'est ouvert à son profit. L'événement démontre que ce droit s'était réellement fixé sur la tête de l'absent et qu'à tort d'autres en

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, art. 136, n. 4; Aubry et Rau, I, § 158, p. 952 et 953, n. 6; Demolombe, II, n. 213; Toullier, I, n. 480; Demante, I, n. 179 *bis*, I, et n. 180; Laurent, II, n. 256; Huc, I, n. 449; Planiol, III, n. 1721; Fuzier-Herman, art. 135, n. 5 s.; Plasman, I, p. 343. — Bordeaux, 16 mai 1832, S., 32. 2. 432, D., 33. 2. 79. — Amiens, 12 déc. 1838, D., 39. 2. 38. — Bourges, 17 janv. 1872, S., 72. 2. 134, D., 72. 2. 31. — Bruxelles, 18 nov. 1886, D., 87. 2. 155. — Dijon, 23 mars 1888, S., 88. 2. 240. — *Contra:* Duranton, I, n. 394; Delvincourt, I, p. 54, note 4; de Moly, n. 632. — Riom, 20 mai 1816, S., 18. 2. 210, D., *Rép.*, v° *Absence*, n. 522. — Paris, 26 fév. 1826, S., 27. 2. 16, D., 27. 2. 20.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, art. 136, n. 3 et 4; Aubry et Rau, I, § 158, p. 952 et 953, n. 5 et 7; Demolombe, II, n. 212; Toullier, I, n. 480; Delvincourt, I, p. 54, note 4; Demante, I, n. 180; Laurent, II, n. 257; Huc, I, n. 451; Fuzier-Herman, art. 136, n. 15; Plasman, I, p. 68 et 343. — Paris, 27 mai 1808, S., 8. 2. 193, D., *Rép.*, v° *Absence*, n. 521. — Rouen, 30 mai 1818, S., 18. 2. 313, D., *Rép.*, v° *Absence*, n. 508. — Cf. cep. Duranton, I, n. 394.

avaient profité à sa place. Comment se dénoue alors la situation provisoire qu'avait fait naître cet état d'incertitude? C'est à cette question que répondent, en termes trop laconiques, les art. 137 et 138; mais il n'y a pas lieu de l'examiner ici, car elle est longuement étudiée dans le *Traité des successions* du présent ouvrage. Deux précisions doivent être faites seulement à cette place.

D'après l'art. 137 : « *Les dispositions des deux articles précédents auront lieu sans préjudice des actions en pétition d'hérédité et d'autres droits, lesquels compéteront à l'absent ou à ses représentants ou ayants cause, et ne s'éteindront que par le laps de temps établi pour la prescription.* » Ainsi la dévolution qui s'opère aux termes des art. 135 et 136 n'a lieu que sous la réserve des droits de l'absent ou de ses ayants cause. Mais l'action que la loi accorde aux intéressés pour faire valoir ces droits est prescriptible comme toutes les actions en général, car ceux qui ont profité de cette dévolution ne sont pas de simples possesseurs à titre précaire comme les envoyés en possession provisoire.

Par quel délai cette action se prescrit-elle? On ne peut poser à cet égard de règle absolue, et c'est pourquoi la loi n'en a pas formulé, s'en référant sur ce point au droit commun. Ordinairement la prescription s'accomplira par trente ans. Ainsi en est-il dans le cas d'une hérédité ouverte au profit de l'absent et recueillie par d'autres en son lieu et place, car l'action exercée par lui ou ses ayants cause est une action en pétition d'hérédité, et ceux contre qui elle est dirigée sont dans la situation d'héritiers apparents (1). La prescription s'accomplira également par trente ans lorsque l'absent ou ses ayants cause réclameront le bénéfice d'un legs. Elle s'accomplirait par cinq années seulement, s'il s'agissait des arrérages d'une rente viagère dont le paiement serait réclamé (art. 2277) (2).

**1270.** Aux termes de l'art. 138 : « *Tant que l'absent ne se*

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 954, n. 11 *bis*; Demante, I, n. 180 *bis*; Huc, I, n. 451. — Cpr. Paris, 12 déc. 1851, S., 51. 2. 769, D., 54. 5. 4.

(2) Demolombe, II, n. 214; Laurent, II, n. 258; Huc, I, n. 451. — Cpr. Demante, I, n. 180 *bis*; Planiol, III, n. 1721.

» *représentera pas, ou que les actions ne seront point exercées* » *de son chef, ceux qui auront recueilli la succession, gagne-* » *ront les fruits par eux perçus de bonne foi.* » L'étendue de la jouissance de l'héritier apparent se mesure donc à la durée de sa bonne foi, et la bonne foi doit s'entendre ici de l'ignorance où il est de l'existence de l'absent. Cette règle doit être généralisée, malgré les termes restrictifs de la loi : elle serait applicable à la jouissance du légataire substitué à l'absent, de l'héritier d'un donataire grevé d'un droit de retour vis-à-vis de celui-ci, et à toute autre situation semblable, sauf peut-être « cependant l'observation des règles spéciales (art. 1005 et 1014) relatives aux époques à partir desquelles les légataires ont droit aux fruits » (1). L'art. 138 ne vise, il est vrai, que le cas où le droit réclamé est un droit de succession : mais c'est pour repousser formellement l'application à cette hypothèse des dispositions du droit romain qui obligeaient le possesseur de bonne foi d'une hérédité à restituer, en vertu du principe « *fructus augent hereditatem* », tout ce dont il se trouvait enrichi, par suite de la perception des fruits, au moment de la demande (2).

**1271.** Telles sont les deux seules règles explicitement posées par la loi pour la liquidation des rapports de l'abent ou de ses ayants droit avec ceux qui ont bénéficié de l'incertitude qui planait sur son existence. L'explication complète en est donné au chapitre XI du *Traité des successions,* consacré à la pétition d'hérédité, et où sont également étudiés les rapports de ces personnes avec les tiers qui sont entrés en relation d'affaires avec l'héritier apparent (3).

(1) Cpr. Aubry et Rau, I, § 158, p. 955, n. 14.
(2) Demolombe, II, n. 215; Fuzier-Herman, art. 138, n. 4.
(3) Cf. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des successions,* 3e édit., I, 1905, n. 910 s.

# SECONDE PARTIE

## DE L'ABSENCE QUANT AUX RELATIONS DE FAMILLE DE L'ABSENT

## CHAPITRE PREMIER

### DES EFFETS DE L'ABSENCE RELATIVEMENT AU MARIAGE (1)

**1272.** Le mariage, dans notre droit, ne peut être dissous que par le décès prouvé de l'un des époux ou par le divorce (art. 227). Donc l'absence, quelque prolongée qu'elle soit, n'entraîne pas la dissolution du mariage de l'absent, car elle ne prouve pas la mort. La loi a bien pu, en l'état d'incertitude où l'on est au sujet de sa vie, régler provisoirement le sort de ses biens, moyennant certaines garanties, comme il aurait été réglé en cas de décès prouvé. Mais elle ne pouvait bien évidemment, à aucune période de l'absence, établir un régime provisoire en ce qui concerne le mariage de l'absent et autoriser son conjoint à contracter provisoirement une nouvelle union. De même que dans l'ancien droit (2), celui-ci ne peut donc pas se remarier, tant qu'il ne rapporte pas la preuve de la dissolution de son premier mariage, et, par suite, du décès du disparu, se fût-il écoulé cent ans depuis sa naissance, car la disposition du projet qui autorisait en ce dernier cas le convol fut repoussée (3).

**1273.** Cependant, en fait, il peut arriver que l'époux présent ait contracté un nouveau mariage : ce mariage doit-il être nécessairement annulé ? Non, car le seul obstacle qui s'oppose à sa validité est l'existence du conjoint absent, et cette existence n'est pas démontrée. Si on ne permet pas à

(1) Cornu, *De l'absence relativement au mariage* (Thèse, Paris), 1887.

(2) D'Aguesseau, 28e plaid., *Œuvres* (Paris, 1762), III, p. 1 s. ; Bretonnier, *Quest. de droit, Des absents*, ch. I. — Cf. cep. Pothier, *Du contrat de mar.*, n. 106.

(3) Bigot-Préameneu, *Exp. des motifs*, Locré, *Lég.*, IV, p. 146, n. 32 ; *Disc. au Cons. d'Etat, loc. cit.*, p. 101 et 102, n. 41-45. — Aubry et Rau, I, § 159, p. 956, n. 1 ; Demolombe, II, n. 7 et 260 ; Demante, I, n. 182 ; Laurent, II, n. 245 ; Huc, I, n. 455 ; Beudant, I, n. 363 ; Planiol, I, n. 1120 ; Surville, I, n. 198 et 536 ; de Moly, n. 509 s. — Cpr. Avis du C. d'Etat, 12-17 germ. an XIII.

l'époux présent de se remarier tant que dure l'absence de l'autre, parce que la mort de celui-ci n'est pas certaine, de même, lorsque cette défense a été transgressée, la nullité du nouveau mariage ne peut pas être demandée tant que l'absence persiste, parce que l'existence de l'absent lors de sa célébration ne peut être établie. Et telle serait l'unique réponse à faire à celui qui fonderait son action en nullité sur ce que la preuve de la dissolution de la première union n'est pas rapportée (1). La proposition qui vient d'être justifiée, absolument conforme aux principes, résulte au surplus de l'art. 139, ainsi conçu : « *L'époux absent dont le conjoint a* » *contracté une nouvelle union, sera seul recevable à attaquer* » *ce mariage par lui-même, ou par son fondé de pouvoir,* » *muni de la preuve de son existence.* »

**1274.** Le principe qui s'oppose à l'annulation du mariage, tant que l'existence de l'absent n'est pas prouvée, exclut toute distinction entre le cas de présomption d'absence et celui d'absence déclarée : qu'importe la date à laquelle la nouvelle union a été contractée, du moment qu'elle ne l'a été qu'après que l'existence du conjoint disparu était déjà devenue douteuse? Dira-t-on que l'époux présent est moins excusable, lorsqu'il convole en nouvelles noces dans les premiers temps qui suivent cette disparition, que quand il attend la déclaration d'absence pour le faire ? Mais il ne s'agit point de prendre en considération, pour apprécier la validité de son dernier mariage, sa bonne ou sa mauvaise foi et la moralité de sa conduite ; cette validité dépend de l'existence des liens antérieurs dans lesquels il était engagé. Or la même incertitude plane sur cette existence dans tous les cas, à quelque époque qu'ait été célébrée l'union nouvelle. Ces motifs montrent que notre proposition et la disposition de l'art. **139**, qui détermine les personnes ayant qualité pour former l'action en nullité, sont applicables toutes les fois qu'il a été passé outre à

(1) Aubry et Rau, I, § 159, p. 956, n. 2; Demolombe, II, n. 261; Demante, I, n. 182; Laurent, II, n. 246; Huc, I, n. 455; Beudant, I, n. 363; Planiol, I, n. 1016; Fuzier-Herman, art. 139, n. 6. — Civ. rej., 12 août 1828, S., 29. 1. 42, D., 28. 1. 378. — Req. rej., 21 juin 1831, S., 31. 1. 262, D., 31. 1. 201. — Req. rej., 18 avril 1838, S., 38. 1. 296, D., 38. 1. 266.

l'empêchement légal, que ce soit avant ou après la déclaration d'absence. A la vérité, en parlant d' « absent », le texte semblerait supposer que celle-ci est intervenue: mais on sait déjà que le style législatif n'est pas toujours, en la matière, d'une précision rigoureuse (1).

**1275.** Tant que dure l'absence, le mariage nouveau ne peut donc être annulé, sur le fondement de la persistance des premiers liens conjugaux, à la requête de personne. Mais, s'il en était déjà ainsi dans l'ancien droit, du moins obligeait on en général les époux à vivre séparés et à mettre fin par là à un commerce qui pouvait être coupable (2). Il est évident qu'il n'en saurait être de même aujourd'hui, et que le mariage continue à produire tous ses effets en l'absence de toute réclamation de la part des conjoints.

Mais, du moins, l'un d'eux ne pourrait-il pas demander à « s'abstenir de la vie commune » et obtenir sa « séparation d'habitation », pour obéir à des scrupules tardifs, mais honorables ? Malgré le dissentiment de Demante, la négative nous paraît certaine (3) : valable provisoirement au moins, et peut-être définitivement, le mariage ne saurait être privé de certains de ses effets en dehors des cas où la loi autorise la séparation de corps. Or elle ne l'autorise assurément pas pour la cause indiquée. Peu importe que l'un des époux veuille « accomplir un devoir de conscience », ainsi que l'objecte Demante, si la loi, à tort ou à raison, lui en refuse le moyen. C'est par une conséquence logique, mais inacceptable, de sa fausse conception du droit naturel, que le savant auteur entend reconnaître à une personne une faculté que la loi ne lui a pas accordée (4).

(1) Aubry et Rau, I, § 159, p. 956, n. 2; Demolombe, II, n. 265; Valette sur Proudhon, I, p. 301, obs. I; Laurent, II, n. 247; Demante, I, n. 182 *bis*, VII; Taulier, I, p. 233 ; Fuzier-Herman, art. 139, n. 3 s.; Plasman, I, p. 317. — Lyon, 3 fév. 1830, S., 30. 2. 227, D., 30. 2. 145. — *Contra :* Proudhon, I, p. 300 et 301; Duranton, I, n. 526 ; Vazeille, *Du mariage*, I, n. 225. — Cpr. Douai, 16 mai 1837, S., 37. 2. 488, D., 38. 2. 38.

(2) D'Aguesseau, *loc. cit.* — Cf. Schaeffer, *Rev. crit.*, 1880, IX, p. 201 s.

(3) Demolombe, II, n. 262; Laurent, II, n. 248. — *Contra :* Demante, I, n. 182 *bis*, V.

(4) Cf. *supra*, n. 8.

**1276.** Lorsque l'absence vient à cesser, c'est-à-dire que l'existence de l'absent est certaine, le mariage contracté au mépris de la prohibition légale peut être attaqué. Mais par qui? Il pourrait l'être, aux termes du droit commun (art. 184 et 188), par les nouveaux époux, par celui au préjudice duquel il a été contracté, par toutes personnes intéressées, et par le ministère public : la nullité qui dérive de la violation de l'art. 147 est en effet absolue. Dans quelle mesure l'art. 139 a-t-il dérogé au droit commun, c'est ce qu'il est difficile de déterminer.

**1277.** Qu'il ait conservé son action ordinaire à l'époux absent, dont l'existence est désormais prouvée, c'est ce qui n'est pas douteux : il peut, d'après notre disposition, l'intenter, soit par lui-même, soit par un fondé de procuration muni de la preuve de son existence. On s'accorde à peu près pour décider que cette procuration doit être spéciale, c'est-à-dire spécialement donnée par l'absent à l'effet de demander la nullité du mariage. Le retranchement de la qualification de « spéciale », qui figurait dans le projet (1), ne fournit pas d'objection péremptoire contre cette solution, qui se justifie aisément. Un mandat ne comprend que ce qu'il a été dans l'intention des parties d'y faire entrer : or comment supposer qu'un mandat général donné par l'absent, peut-être avant son départ, comprenne même ce droit très particulier de former en son nom une action en nullité de mariage? Il y a d'autant plus lieu d'exiger ici un pouvoir spécial que la loi réserve à l'absent lui-même, dans une mesure plus ou moins large, l'exercice de cette action (2).

**1278.** Son mandataire doit être, en outre, muni de la preuve de l'existence de l'absent. Effectivement, à elle seule, la procuration peut être insuffisante pour faire cette preuve, soit parce qu'elle a été donnée par acte sous seing privé, soit

(1) Liv. I, tit. IV, art. 28 (Fenet, *Trav. prép. du Code civ.*, II, p. 36).

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 956 ; Demolombe, II, n. 263 ; Toullier, I, n. 484 ; Duranton, I, n. 524 ; Valette sur Proudhon, I, p. 304 ; Demante, I, n. 182 *bis*, VIII ; Laurent, II, n. 251 ; Huc, I, n. 456 ; Planiol, 2e édit., III, n. 379 ; I, n. 1014 ; Fuzier-Herman, art. 139, n. 2. — *Contra :* Marcadé, I, art. 139-III, n. 487. — Cpr. Delvincourt, I, p. 55, note 2.

parce qu'elle peut l'avoir été à une date déjà ancienne, et qu'elle n'établit pas alors authentiquement l'existence du mandant dans le premier cas, et son existence actuelle dans le second. Le mandataire doit donc être porteur d'un certificat de vie ou d'une procuration authentique de date assez récente pour qu'on ne puisse concevoir de doute sérieux sur la vie de l'absent (1).

**1279.** Mais l'absent est-il seul recevable à attaquer le mariage contracté par son conjoint? Vive sur ce point est la controverse, les uns tenant pour l'affirmative, tandis que les autres, qui se prononcent pour la négative, diffèrent eux-mêmes d'avis lorsqu'il faut déterminer dans quelles circonstances et avec quelles personnes l'absent partage l'exercice de l'action en nullité.

L'affirmative paraît tout d'abord avoir pour elle le texte de la loi : l'époux absent, dit-il, est « seul recevable » à attaquer le mariage ; donc l'action est refusée à toute autre personne. Ainsi « le code suppose que l'absent reparaît ou qu'il donne de ses nouvelles ; plus d'incertitude, la bigamie est patente : aussi le code permet-il de demander la nullité du mariage ; mais à qui? A l'absent seul. Cela est si clair, si évident, que l'on se demande comment il est possible d'échapper à la lettre de la loi ». Cet argument de texte décisif est, ajoute-t-on, nettement corroboré par les travaux préparatoires; car le projet « disait clairement que le mariage contracté par l'époux présent était inattaquable, tant que l'absent lui-même n'en demanderait pas la nullité ». S'il fut retouché, ce fut pour faire disparaître une prétendue contradiction relevée entre les art. 26 et 27, et sur la promesse de Thibaudeau de rédiger un article en ce sens que « l'époux absent pourrait seul attaquer le mariage de son conjoint ». Enfin Bigot-Préameneu a donné, dans son exposé des motifs (2), une interprétation officielle de notre disposition, lorsqu'il a déclaré qu'on avait voulu « que le mariage contracté pendant l'absence ne pût être attaqué que par l'époux même à son retour, ou par celui qui serait chargé de sa procuration ».

(1) Demolombe, II, n. 263 ; Demante, I, n. 182 *bis*, IX et X ; Laurent, II, n. 251.
(2) Locré, *Lég.*, IV, p. 147, n. 32.

Ainsi entendue, d'ailleurs, la loi n'est nullement injustifiable aux yeux des partisans de cette opinion. En effet, observent les uns, il n'y a nul scandale lorsque l'absent reparaissant « se décide à garder le silence pour ne pas troubler l'union nouvelle de son conjoint. Lui n'agissant pas, personne ne saura qu'il y a jamais eu un premier mariage ». La loi s'en remet à lui du soin d' « apprécier la conduite de son conjoint ». Les rédacteurs du code civil, remarquent les autres, n'ont voulu, ni reproduire la disposition de la loi du 20 septembre 1792 (§ 1^er^, art. 4) aux termes de laquelle l'absence prolongée durant cinq ans pouvait donner lieu au divorce, ni autoriser le conjoint présent, comme l'ont fait certains législateurs étrangers, à obtenir au bout d'un certain temps une décision judiciaire lui permettant de se remarier. Mais, au lieu de laisser sous l'empire du droit commun l'action en nullité du mariage qu'il a contracté, ils ont entendu faire l'absent « seul juge du point de savoir s'il n'y a pas lieu de prononcer la nullité d'un second mariage que son absence prolongée, peut-être injurieuse et coupable, a rendu possible » (1).

**1279** ***bis.*** Ce sont pourtant les résultats de ce système qui le font écarter par la majorité des auteurs, si favorable que lui soit le texte de l'art. 139. Comment admettre en effet que la scandaleuse situation que fait naître la cessation de l'absence, lorsque le conjoint présent s'est remarié, ne puisse être dénouée que par la seule volonté de l'absent? Le premier mariage n'a pas été dissous par la célébration du second : il subsiste donc certainement dès que s'évanouit l'incertitude qui planait sur l'existence du disparu. Tant que le dernier ne sera pas annulé, l'époux remarié aura donc deux conjoints, et la filiation de ses enfants sera douteuse : ceux de la femme qui a convolé en secondes noces pourront légalement se rattacher à deux pères! Est-il possible qu'il ne soit permis de sortir de cette situation, aussi immorale qu'inextricable, qu'avec le consentement de l'absent? Peu importe son

(1) Zachariæ, édit. Massé et Vergé, I, § 106, p. 161, n. 7; Toullier, I, n. 485, 528 et 529; Laurent, II, n. 250; Huc, I, n. 455 et 456; Vazeilles, *Du mariage*, I, n. 225.

silence : il ne détruit pas le scandale, né de la seule révélation de son existence, et qui devient intolérable surtout lorsqu'il a reparu au lieu du domicile conjugal des nouveaux époux. Peu importe, pour les mêmes raisons, qu'il amnistie son conjoint : son pardon ne prévient pas les difficultés juridiques qu'engendre la certitude désormais acquise qu'il vit. Et c'est pourquoi on ne peut pas se résoudre à prêter au législateur, sans une preuve péremptoire, qui n'est pas faite, l'intention d'ériger l'absent en maître absolu d'une situation qui intéresse la société plus encore que lui-même.

**1280.** D'autres que lui peuvent donc demander l'annulation du mariage : mais qui, et à quelles conditions? Plusieurs opinions ont été soutenues à cet égard.

D'après la première (1), l'art. 139 est « exclusif », mais en un sens seulement : « même après que l'absence a cessé, l'ab- » sent est le seul qui, dans un intérêt privé, puisse attaquer le » nouveau mariage. » Les collatéraux, les ascendants, les enfants du premier lit, l'un des nouveaux époux même, lorsqu'il agit après la mort de l'autre dans un intérêt purement pécuniaire, ne sont pas recevables à intenter l'action en nullité, du moins si le mariage a été célébré après la déclaration d'absence : car cette disposition procède de la « pensée de protéger la nouvelle union contre les attaques de l'intérêt purement pécuniaire », cette union étant « au moins digne de quelque indulgence ». Mais, « au contraire, il n'y a point de considération qui puisse faire cesser le devoir du ministère public d'agir en cas de bigamie flagrante pour faire condamner les nouveaux époux à se séparer. Rien non plus ne peut, dans le même cas, priver les deux époux de l'action que leur accorde l'art. 184 dans un intérêt de morale et de conscience, action que la loi elle-même distingue par ce motif de celle des parties intéressées ». Et enfin, si le mariage a été contracté pendant la présomption d'absence, comme il ne mérite plus les mêmes égards, à raison de la hâte qu'a mise l'époux présent à se remarier, on rentre dans les termes du droit com-

(1) Demante, I, n. 182 *bis*, I à IV et VII. — Cpr. Demante, *Encycl. du dr.*, v° *Absence*, n. 123 s.

mun, et tout intéressé peut, conformément à l'art. 184, intenter l'action en nullité.

**1281.** Très différente est la distinction que propose le second système pour l'application de l'art. 139 (1). Suivant ses défenseurs, « sauf le cas de retour de l'absent », tous les intéressés autres que l'absent lui-même et le ministère public seraient « non recevables à provoquer l'annulation du mariage, bien qu'ils offrissent de prouver que l'absent vit encore actuellement ou n'est décédé que depuis la célébration du second mariage. Mais, si l'absent reparaît, on retombe sous l'empire du droit commun, et tous les intéressés, ainsi que le ministère public, sont autorisés à demander, soit pendant sa vie, soit après son décès, suivant les distinctions établies aux art. 184, 187, 188 et 190, la nullité du second mariage contracté par son conjoint ». Que tous les intéressés le puissent indistinctement en ce dernier cas, c'est, observe-t-on, ce qu'il faut admettre par application du droit commun, auquel on doit revenir dès qu'on écarte l'application de l'art. 139. Mais pourquoi ne doit-on l'écarter que lorsque l'absent reparaît? Parce que, « si le retour de l'absent établit, d'une manière irréfragable, son existence, il n'en est pas de même des moyens plus ou moins concluants à l'aide desquels on chercherait à justifier l'existence d'une personne qui n'a pas reparu à son domicile; et l'on comprend que le législateur n'ait pas voulu faire dépendre le sort d'un mariage d'éléments de preuve dont l'appréciation ne serait pas à l'abri de toute chance d'erreur. D'ailleurs les raisons de haute moralité qui veulent qu'en cas de retour de l'absent l'action en nullité puisse être formée par toute personne intéressée, ne se présentent pas, du moins avec la même gravité, dans l'hypothèse où l'absent qu'on prétend existant n'a cependant pas reparu à son domicile. »

**1282.** Quoique ces deux systèmes se recommandent, à des degrés divers, par leur caractère rationnel, avec la majorité de la doctrine nous les repoussons l'un et l'autre, parce qu'ils sont sans base dans la loi.

(1) Aubry et Rau, I, § 159, p. 957 et 958, n. 3 et 4; Beudant, I, n. 364.

La distinction qu'y introduit le premier, non seulement entre le cas de présomption et celui de déclaration d'absence, mais encore entre les actions en nullité suivant qu'elles sont ou non fondées sur un intérêt pécuniaire, est inconciliable avec les termes du texte, qui, en l'hypothèse prévue, déclare indistinctement l'absent seul recevable à agir : comment admettre alors que d'autres actions puissent être exercées concurremment avec la sienne ? C'est le droit commun qui doit être tout entier appliqué ou écarté, en présence d'une disposition aussi formelle.

Elle n'est guère plus favorable au second système, car, dans l'interprétation qu'il en donne, il faut entendre, par les mots « l'époux absent » de l'art. 139, « l'époux qui n'est pas présent sur les lieux ». Or tel n'est pas le sens ordinaire de ces expressions, et ce n'est certainement pas celui qu'elles ont dans l'article suivant (art. 140). Quand l'époux devrait-il être d'ailleurs réputé présent sur les lieux, et par conséquent le droit d'action des autres intéressés ouvert ? La précision serait sur ce point particulièrement désirable : suffirait-il, par exemple, pour que l'absent pût seul agir, qu'il habitât une commune différente, mais plus ou moins voisine, de celle de son ancien domicile ? Au surplus, qu'on l'observe, si son éloignement empêche ou diminue le scandale que cause, après le mariage de son conjoint, la révélation de son existence, cette révélation n'en rend pas moins incertaine et moins délicate la situation juridique qu'elle fait apparaître, et par suite moins souhaitable qu'on puisse sortir de cette situation par l'annulation du second mariage. Comment pourrait-il donc dépendre de lui, en s'abstenant de reparaître là où il habitait autrefois, de la prolonger indéfiniment? Un texte formel pourrait seul obliger l'interprète à prendre en patience d'aussi graves inconvénients.

**1283.** Or ce texte, et c'est ce que soutient la dernière opinion (1), à laquelle nous nous rallions, se prête à une interpré-

(1) Demolombe, II, n. 264; Delvincourt, I, p. 55, note 2; Duranton, I, n. 527, et II, n. 322; Valette sur Proudhon, I, p. 302, obs. II; du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 333; Planiol, 2e éd., III, n. 379, et I, n. 1044; Surville, I, n. 198; de Moly, n. 513 s.; Plasman, I, p. 319; Schaeffer, *Rev. crit.*, 1880, IX, p. 216 s.

tation à la fois plus littérale et plus raisonnable. En parlant de l'époux « absent », il entend désigner, conformément au sens technique de cette expression, celui dont l'existence est incertaine ; et il décide, dès lors, que, tant que cette incertitude dure, personne ne peut attaquer le mariage, sauf lui ou son fondé de pouvoir. Mais, après que l'absence a cessé, et que partant on se trouve en dehors des termes de l'art. 139, le droit commun reprend son empire, et la nullité du mariage peut être demandée par toutes les personnes désignées en l'art. 184. De la sorte tous les intérêts sont sauvegardés : le mariage contracté en contravention de la loi reste à l'abri de toute attaque tant qu'on ne sait pas si l'absent vit encore; il peut être annulé à la requête de tous les intéressés et du ministère public, dès qu'avec la certitude que l'absent existe éclate le scandale causé par la situation d'un homme qui a deux femmes légitimes ou d'une femme qui a deux maris.

Cette interprétation semble se dégager au surplus de l'étude des travaux préparatoires. La question qui nous occupe faisait l'objet de deux dispositions du projet, l'art. 26 et l'art. 27, lesquels étaient ainsi conçus : « L'absence de l'un des époux, quelque longue qu'elle soit, ne suffira point pour autoriser l'autre à contracter un nouveau mariage; il ne pourra y être admis que sur la preuve positive du décès de l'autre époux. » (Art. 26). « Si néanmoins il arrivait qu'il eût été contracté un nouveau mariage, il ne pourra être dissous sous le seul prétexte de l'incertitude de la vie ou de la mort de l'absent, et tant que l'époux absent ne se représentera point, ou ne réclamera point par un fondé de procuration spéciale, muni de la preuve positive de l'existence de cet époux. » (Art. 27). Serait-il résulté de ces dispositions, si elles avaient été maintenues, que « le mariage contracté par l'époux présent serait inattaquable, tant que l'absent lui-même n'en demanderait pas la nullité » ? M. Laurent l'affirme sans hésiter, mais c'est cette affirmation précisément qui forme le point le plus discutable de toute sa démonstration. Tout au contraire, l'art. 27 ne nous semble nullement réserver à l'absent seul l'action en nullité, et rien n'indique jusqu'ici, dans les travaux préparatoires, que tel soit son objet : il subor-

donne seulement le succès de cette action à la preuve irréfragable de l'existence de l'absent. Or cette preuve peut être faite de deux façons, soit que l'absent « se représente » lui-même, soit que, ne se représentant pas, il charge un mandataire de former sa réclamation. Mais est-ce à dire que, pour que cette preuve soit acquise dans le premier cas, il faut qu'il agisse lui-même ? Non : l'article n'exige rien de semblable ; il suffit que l'absent se représente, c'est-à-dire apparemment reparaisse, qu'on ait acquis la certitude qu'il vit toujours, que sa présence soit constatée en un certain lieu. Et la suite de la discussion montre que c'est bien ainsi que l'entendirent les rédacteurs du code.

Sur l'observation, faite par Bérenger (1), qu'il paraissait y avoir contradiction entre les art. 26 et 27, le premier défendant tout nouveau mariage tant que durerait l'absence, tandis que le second statuait sur le sort du mariage ainsi contracté, Tronchet répondit que la contradiction relevée n'existait pas et que les art. 26 et 27 reproduisaient simplement la doctrine autrefois exposée par l'avocat général Gilbert des Voisins. Or celui-ci s'était contenté de dire que l'incertitude de la mort de l'un des époux ne doit jamais suffire pour contracter un mariage nouveau, mais qu'elle ne doit jamais suffire aussi pour troubler un mariage contracté ». Ainsi Tronchet, président de la commission de rédaction du code civil, ne voyait point en l'art. 27 une disposition réservant à l'absent seul l'action en nullité du mariage : et, loin d'insister, comme il n'eût point manqué de le faire, sur ce que cette réserve aurait eu d'anormal, il semblait supposer que l'action, l'incertitude une fois disparue, appartiendrait à tous.

C'est cette même pensée qui paraît se retrouver dans la rédaction de la phrase par laquelle Cambacérès proposa, après avoir supprimé l'art. 26, de terminer pour plus de clarté l'art. 27 : « Néanmoins, si l'époux absent se représente, le mariage sera déclaré nul ». A la requête de qui, l'article proposé ne le disait pas, mais il fallait répondre : à la requête de tous ceux qui ont qualité pour former la demande d'après

(1) *Disc. au C. d'Etat*, Locré, *Lég.*, IV, p. 101, n. 41-44.

le droit commun, puisque le cercle de ces personnes n'était pas resserré par la loi. Or la proposition de Cambacérès fut adoptée par le Conseil d'État. Il est vrai qu'elle ne le fut qu'après la promesse, faite par le rapporteur de la section de législation, qu'il rédigerait une disposition en ce sens que « l'époux absent pourrait seul attaquer le mariage de son conjoint ». Mais, comme Thibaudeau n'a nullement expliqué ce qu'il entendait par là, ses paroles doivent être interprétées dans un sens conforme à celui qui ressort de toute la discussion, savoir en ce sens que, tant que la vie de l'absent est incertaine, lui seul, en manifestant ainsi son existence, est recevable à attaquer le mariage, mais que, dès que celle-ci est constante, le droit commun reprend son empire. Loin de contredire notre opinion, les travaux préparatoires nous paraissent donc lui donner l'un de ses meilleurs arguments, car l'art. 139 ne dit rien de plus que ce qu'avait annoncé Thibaudeau.

**1284.** Puisque le mariage de l'absent subsiste, l'obligation alimentaire dont sont tenus les époux dans leurs rapports respectifs (art. 212) subsiste elle-même au profit du conjoint présent. La persistance du lien conjugal écarte toute objection qui pourrait être élevée contre cette solution (1).

**1285.** La femme dont le mari est absent, présumé ou déclaré, n'est pas relevée de l'incapacité dont elle est atteinte en sa qualité de femme mariée : l'autorisation de justice doit alors suppléer l'autorisation maritale (art. 222 et 1427 C. civ.; art. 863 C. pr.) (2).

Est-ce à dire que, si la femme a en fait contracté sans autorisation, elle puisse, pour ce seul motif, faire prononcer la nullité de l'acte qu'elle a passé ? Il ne le semble pas, surtout si en contractant elle s'est déclarée veuve; car peut-être le mari était-il mort à l'époque où l'acte a été fait, auquel cas cet acte est pleinement valable, l'incapacité de la femme cessant avec le mariage. La femme demanderesse en nullité doit

(1) Demolombe, II, n. 274; de Moly, n. 562. — Cpr. Talandier, p. 168; Fuzier-Herman, art. 135, n. 5. — Civ. rej., 29 janv. 1879, S., 79. 1. 159, D., 79. 1. 76. — Civ. rej., 9 mai 1882, S., 82. 1. 340, D., 83. 1. 251.

(2) Cf. notre tome III, n. 2281.

donc prouver que son mari était vivant à l'époque où elle a contracté, le succès de son action étant subordonné à l'accomplissement de cette condition. La qualité de veuve qu'elle a pu prendre n'est qu'un motif de plus, mais qui n'est nullement indispensable, pour, à défaut de cette preuve, la débouter de sa prétention, en l'état irrecevable. On a dit pourtant que l'art. 222 résolvait, à n'en pas douter, la question en sens contraire, par cela seul qu'il décidait que la femme d'un absent avait besoin d'autorisation, et qu'à défaut de cette autorisation la nullité de ces actes était acquise, à moins que le défendeur ne prouvât le décès du mari. Mais il ne paraît pas du tout que la disposition précitée ait tranché cette question de preuve : et de ce que l'épouse de l'absent continue à être assujettie à l'obligation de se faire autoriser régulièrement, de telle sorte qu'à défaut de cette autorisation elle soit admise à se prévaloir de la nullité de ses actes au cas où l'existence de son mari est redevenue constante, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'elle le puisse encore pareillement tant que cette existence demeure incertaine, et qu'elle soit dispensée d'établir, pour faire prononcer cette nullité, qu'il vivait encore lorsqu'elle a contracté (1).

**1286.** Le mariage, qui, malgré l'absence, continue à produire ses effets, au double point de vue de l'impossibilité, pour le conjoint présent, de contracter une nouvelle union et de l'incapacité de la femme mariée, continue-t-il à les produire en ce qui touche la présomption de légitimité des enfants nés de celle-ci après la disparition ou les dernières nouvelles de l'absent? La question ne se pose pas s'ils naissent dans les trois cents jours qui suivent, puisque leur conception peut alors se placer à une époque où le mariage

(1) Aubry et Rau, I, § 159, p. 959, n. 5 et 6; Demolombe, II, n. 267; Demante, I, n. 157 *bis*, A, et n. 182 *bis*, XI; Huc, I, n. 447; Beudant, I, n. 178; Fuzier-Herman, art. 135, n. 7. — Civ. rej., 30 août 1826, S., 27. 1. 157, D., 27. 1. 15. — Lyon, 20 août 1869, S., 70. 2. 124. — Caen, 31 déc. 1875, S., 76. 2. 137 et note. — Req. rej., 7 mai 1889, S., 92. 1. 336, D., 90. 1. 119. — *Contra* : Planiol, I, n. 991. — Caen, 22 fév. 1826, D., 27. 2. 84. — Cpr. Dijon, 1er juin 1854, S., 54. 2. 504, D., 56. 2. 230. — Alger, 27 juin 1855, S., 56. 2. 164, D., 56. 2. 275. — Civ. rej., 9 mai 1882, précité. — Cf. *supra*, n. 1100 *bis*.

durait certainement encore. Mais ceux qui naissent plus de trois cents jours après que l'existence du mari de leur mère est devenue incertaine peuvent-ils se prévaloir de la présomption *pater is est quem nuptiæ demonstrant?*

La négative est enseignée par la presque unanimité des auteurs (1), et avec raison selon nous; mais la jurisprudence est contraire. La présomption de légitimité est fondée sur l'existence du mariage à l'époque de la conception de l'enfant qui en réclame le bénéfice : elle ne saurait donc être invoquée que par celui qui prouve que le mariage durait encore lorsqu'il a été conçu. L'enfant dont la naissance est postérieure au trois centième jour qui a suivi l'époque où l'existence de son prétendu père est devenue douteuse, ne saurait donc se prévaloir de cette présomption; car l'incertitude qui a dès lors plané sur la vie de l'absent a rendu également incertaine l'existence du mariage, et par là fait disparaître en l'espèce le fondement de cette présomption, sous l'empire de laquelle l'enfant n'est plus admis à se placer, puisqu'il ne peut plus établir qu'il est le fruit d'une union légitime. Vainement opposerait-on que celle-ci est censée durer encore, puisque l'absence a précisément rendu sa continuation incertaine. Sans doute encore l'absence ne dissout pas le mariage et ne met pas fin à l'autorité maritale; mais pourquoi? Ce n'est point parce que le mariage est supposé durer encore, mais parce que l'époux qui revendique sa liberté ne peut pas établir qu'il est dissous, ce qu'il faudrait pour que sa prétention pût être accueillie. De même, à défaut, par l'enfant, de prouver que sa mère était encore mariée lors de sa conception, il ne saurait être présumé légitime. Tous les intéressés sont donc admis à dénier sa légitimité, comme dans le cas prévu par l'art. 315. A peine convient-il d'observer que cette solution sauvegarde seule les

(1) Merlin, *Quest.*, v° *Légitimité*, § 8; Aubry et Rau, I, § 159, p. 959, n. 7; Demolombe, II, n. 268; Toullier, I, n. 422; Demante, I, n. 182 *bis*, XII; Laurent, II, n. 150; Planiol, I, n. 1383 et 1419; Dupret, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1844, I, p. 740 s. — Caen, 29 déc. 1842, *Rec. de Caen*, VII, p. 505. — *Contra :* Fuzier-Herman, art. 139, n. 7; Plasman, I, p. 322; Talandier, p. 294. — Toulouse, 14 juill. 1827, S., 28. 2. 202, D., 29. 2. 10. — Toulouse, 29 déc. 1828, S., 29. 2. 157, D., 29. 2. 221. — Douai, 18 nov. 1861, S., 62. 2. 1 et note, D., 62. 2. 25 et note. — Civ. rej., 15 déc. 1863, S., 64. 1. 27, D., 64. 1. 154 et note.

intérêts de la famille légitime, en la prémunissant contre les conséquences des désordres de la femme de l'absent.

## CHAPITRE II

### DES EFFETS DE L'ABSENCE RELATIVEMENT A LA SITUATION DES ENFANTS DE L'ABSENT

**1287.** Quels sont les effets de l'absence quant aux enfants mineurs laissés par l'absent, présumé ou déclaré? Qui exerce sur eux la puissance paternelle ou l'autorité tutélaire? Telle est la question que prévoit et règle notre chapitre, incomplètement toutefois, car, d'une part, il ne vise explicitement que certaines des hypothèses qui peuvent se présenter en cas de présomption d'absence, et, d'autre part, c'est une question que celle de savoir si ses dispositions sont applicables au cas où l'absence a été déclarée. Ces deux cas doivent donc être distingués dans l'explication.

#### 1. *Effets de la présomption d'absence.*

**1288.** Ces effets peuvent se produire, soit quant aux enfants légitimes issus d'un « commun mariage », soit quant à ceux nés d'un premier lit, soit quant aux enfants naturels de l'absent.

##### 1. *Enfants issus du mariage.*

**1289.** Il faut examiner successivement les conséquences de la disparition du père et celles de la disparition de la mère.

###### 1° Disparition du père.

**1290.** La loi, qui ne s'est expressément occupée que de ce cas, prévoit trois hypothèses :

Première hypothèse : disparition du père, la mère étant présente. — Cette hypothèse est régie par l'art. 141, ainsi conçu : « *Si le père a disparu laissant des enfants mineurs issus d'un commun mariage, la mère en aura la surveillance, et elle exercera tous les droits du mari, quant à leur éducation et à l'administration de leurs biens.* » Tant que dure le mariage,

la puissance paternelle appartient collectivement au père et à la mère (art. 372). Il est donc naturel que, lorsque le père, qui a seul l'exercice de cette puissance durant le mariage (art. 373), vient à disparaître, cet exercice passe à la mère; et telle est la décision de notre article, qui charge celle-ci d'exercer tous les droits du mari quant à l'éducation et à l'administration des biens de leurs enfants mineurs.

De la formule légale et des principes il résulte que le pouvoir exercé par la femme n'est pas l'autorité tutélaire. Elle l'exerce d'abord au même titre que son mari : or le mari n'était pas tuteur, mais administrateur légal (art. 389). Ensuite la tutelle ne s'ouvre que par la mort de l'un des époux (art. 390), et la mort de l'absent n'est pas prouvée, ni même présumée. Donc la surveillance de la mère n'est pas une tutelle : partant, il n'y a pas lieu de nommer un subrogé-tuteur, et ses biens ne sont pas grevés d'une hypothèque légale au profit de ses enfants mineurs (1).

**1291.** Investie du droit d'éducation, la mère a sur la personne de ses enfants le droit de correction, qui en est l'un des instruments. Toutefois elle ne peut l'exercer qu'avec la restriction qui lui est imposée, pour le cas où elle est veuve, par l'art. 381, car cette restriction tient à sa situation et à son sexe. Il impliquerait d'ailleurs contradiction que la femme pût exercer ce droit avec plus d'étendue quand le mari est absent que quand il est mort. La loi, il est vrai, dit que la femme exerce tous les droits du mari, mais elle ne dit pas qu'elle les exerce absolument de la même manière (2).

Quant au droit, pour la mère, de consentir seule au mariage de ses enfants ou de leur conférer l'émancipation, il reste régi

(1) Aubry et Rau, I, § 160, p. 962, n. 6; Demolombe, II, n. 312; Toullier, I, n. 458; Duranton, I, n. 518; Valette sur Proudhon, I, p. 306, note *a*; Demante, I, n. 186 et 186 *bis*; Laurent, II, n. 145 et 146; Huc, I, n. 459; Beudant, II, n. 755 et 775; Plasman, I, p. 308 s.; Magnin, *Des minorités*, I, n. 114. — *Contra* : Proudhon, I, p. 306; de Moly, n. 200. — Cpr. Planiol, I, n. 1647 et 1760; Surville, I, n. 402.

(2) Aubry et Rau, I, § 160, p. 961, n. 4; Demolombe, II, n. 313; Valette sur Proudhon, I, p. 306, note *a*; Duranton, I, n. 519; Demante, I, n. 186 *bis*, III; Laurent, II, n. 147; Huc, I, n. 460; Fuzier-Herman, art. 141, n. 1; Plasman, I, p. 304. — Cpr. de Moly, n. 200.

par les art. 149 et 477, qui le lui reconnaissent, le premier lorsque le mari est dans l'impossibilité de manifester sa volonté », le second « à défaut de père » (1).

**1292.** Sur les biens de ses enfants la femme a, avec la même étendue qu'il avait entre ses mains, le droit d'administration qui appartenait au père (art. 389). Elle n'a donc pas besoin, pour accomplir les actes d'administration que celui-ci aurait pu faire tout seul valablement, de l'autorisation de justice, qu'elle doit obtenir en vertu de l'art. 222 pour ses affaires personnelles. Cette exigence rendrait sa gestion trop difficile ; et du reste, dans tous les cas où la femme est autorisée par la loi ou par contrat à administrer son propre patrimoine, elle n'est pas assujettie à l'obligation d'obtenir une autorisation spéciale pour chaque acte d'administration (art. 217, 223, 1449, 1536 et 1576). Il en doit donc être de même pour la gestion du patrimoine de ses enfants, que la disparition du père lui fait passer avec les pouvoirs de celui-ci (2).

**1293.** En même temps que le droit d'administration, la femme a-t-elle sur les biens de ses enfants le droit de jouissance légale de l'art. 384 ? Cette question ne laisse pas que d'être très délicate. L'affirmative nous paraît conforme à l'esprit de la loi, car, si la mère a les charges de l'administration, il est juste qu'elle en ait aussi les émoluments. Il est vrai que l'art. 384 n'accorde ce droit à la mère qu' « après la dissolution du mariage » : mais c'est apparemment parce que le cas d'absence du mari ne s'est pas présenté à l'esprit du législateur, qui n'a visé que la situation ordinaire, de même qu'il a posé en règle, dans l'art. 373, que le père seul exerce la puissance paternelle durant le mariage, sans y rappeler l'exception qu'y apporte l'art. 141. C'est aussi dans la supposition que le père exerce cette puissance que l'art. 384 ne reconnaît qu'à lui le droit de jouissance légale pendant le ma-

(1) Cf. notre tome III, n. 1461 et 1462, et le tome V *Des personnes*, au titre *De la tutelle*, art. 477.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 962, n. 5; Demolombe, II, n. 317; Duranton, I, n. 520; Valette sur Proudhon, I, p. 310, note *a*; Delvincourt, I, p. 48, note 1; Demante, I, n. 186 *bis*, II; Laurent, II, n. 146; Huc, I, n. 460; Magnin, *Des minorités*, I, n. 113; Fuzier-Herman, art. 141, n. 2. — Trib. Seine, 12 juill. 1882, *la Loi*, 25 août. — Cpr. Proudhon, I, p. 309; de Moly, n. 200.

riage : il doit passer à la mère, lorsqu'elle est investie de cette autorité, en même temps que le droit d'administration, dans lequel on peut, à certains égards, le considérer comme compris, à raison de l'influence qu'il a sur son mode d'exercice.

Mais, objecte-t-on, le père présumé absent ne doit perdre aucun de ses droits : « c'est dans sa personne encore que réside l'autorité paternelle; c'est à lui, rigoureusement et légalement, qu'appartiennent toujours l'éducation et l'administration des biens des enfants ; et c'est pour lui, c'est en son nom que la mère est chargée par la loi d'exercer ses droits », de telle sorte qu'elle « ne peut pas réclamer, en son propre nom, la jouissance légale, qui n'a pas cessé d'appartenir au père ». — Cette objection ne nous semble nullement décisive. Car on peut soutenir, d'une part, que si la mère est, après la disparition de son mari, chargée de la surveillance des enfants, c'est parce que son droit à exercer la puissance paternelle (art. 372), paralysé par la présence du père tant qu'il l'exerce lui-même (art. 373), reprend toute son énergie dès qu'il ne le fait plus, et que dès lors c'est personnellement, quoique provisoirement, qu'elle en est investie durant la présomption d'absence. Mais, quoi qu'il en soit de ce premier point, on peut observer, d'autre part, que si l'absence, par exception aux principes, dépouille le présumé absent d'un de ses droits pécuniaires, la jouissance légale, c'est tout simplement parce que ce droit est la récompense de l'accomplissement d'un devoir, et que le père, de fait ne s'en acquittant plus, est dès lors sans titre à l'émolument qui y est attaché (1).

Malgré ces raisons, l'opinion contraire est plus généralement admise, et l'on refuse à la femme du présumé absent le droit de jouissance légale. Mais, tandis que certains au-

(1) Delvincourt, I, p. 48, note 1 ; Duranton, I, n. 521 ; Marcadé, I, art. 141-II, n. 493; Beudant, II, n. 755; Fuzier-Herman, art. 141, n. 4 et 5; de Moly, n. 199. — *Contra :* Aubry et Rau, VI, § 550 *bis*, p. 83 et 84, n. 4; Demolombe, II, n. 3f8; Demante, I, n. 186 *bis*, I, et *Encycl. du droit*, v° *Absence*, n. 152; Proudhon, I, p. 341; Huc, I, n. 461; Plasman, I, p. 305 s. — Alger, 29 mai 1886, sous Cass., S., 89. 1. 217, D., 91. 1. 413. — Alger, 27 déc. 1890, S., 92. 2. 5 et note. — Cpr. Planiol, I, n. 1647 et 1690.

teurs (1) maintiennent cette décision même après que l'absence a été déclarée, en s'attachant très étroitement et très logiquement au texte de l'art. 384, le plus grand nombre (2) accordent à la mère le droit d'usufruit, non seulement à compter du jour de la déclaration, mais, rétroactivement même, à partir de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent. En effet, disent-ils, après cette déclaration, « la présomption de mort produit son effet rétroactif ordinaire; le père, étant présumé mort dès le jour de ses dernières nouvelles, aura aussi effectivement perdu, dès ce jour, l'autorité paternelle; la mère, en conséquence, sera réputée l'avoir exercée comme un droit à elle personnel, et pourra ainsi, mais seulement dans ce cas, réclamer l'usufruit légal pendant la durée de la présomption d'absence ». Dans cette dernière théorie, susceptible de nombreuses critiques, car elle s'écarte notamment, à compter de la déclaration d'absence, du respect que professaient jusque-là ses partisans pour le texte de l'art. 384, et ne tient pas non plus assez compte de la nature de capitaux qu'ont les fruits perçus antérieurement à cette déclaration au nom de l'absent, l'intérêt de la controverse qui vient d'être examinée disparaît, semble-t-il, à partir du moment où l'absence est déclarée.

**1294.** DEUXIÈME HYPOTHÈSE : disparition du père, la mère étant déjà décédée. — Cette hypothèse et la suivante sont régies par l'art. 142, ainsi conçu : « *Six mois après la disparition du père, si la mère était décédée lors de cette disparition, ou si elle vient à décéder avant que l'absence du père ait été déclarée, la surveillance des enfants sera déférée, par le conseil de famille, aux ascendants les plus proches, et à leur défaut, à un tuteur provisoire.* »

Ici le père était, au moment de sa disparition, tuteur de ses enfants, par suite de la mort de leur mère (art. 390). En disparaissant il laisse la tutelle vacante. On ne pourvoit à cette vacance qu'après que six mois se sont écoulés depuis sa disparition. Mais toutefois, durant ces six mois, il peut y avoir

(1) Huc, I, n. 461; Surville, I, p. 231, note 1.

(2) Aubry et Rau, Demolombe, Proudhon, *loc. cit.* — *Contra* : Demante, I, n. 186 *bis*, I.

lieu, dans l'intérêt des enfants et sur la réquisition des parties intéressées et du ministère public, à l'application des mesures conservatoires autorisées par les art. 112 et suivants (1). Une fois les six mois expirés, la surveillance des enfants est déférée par le conseil de famille aux ascendants les plus proches, et, à leur défaut, à un tuteur provisoire.

**1295.** Malgré le nom que lui donne la loi, cette « surveillance » est une véritable tutelle (2). Ce n'est guère douteux quand, à défaut d'ascendant, elle est déférée à un collatéral ou à un étranger, puisqu'il est expressément qualifié de tuteur provisoire. Et comment dès lors en serait-il autrement quand elle appartient à un ascendant? La surveillance ne saurait changer de nature avec la personne à qui elle est confiée, et le même mot doit dans tous les cas désigner la même chose. Il est du reste tout naturel que le nouveau protecteur des enfants ait le même titre que celui qu'il remplace, c'est-à-dire le titre de tuteur, réserve faite seulement du caractère provisoire de ce titre; et à cet égard il n'y a aucune raison de distinguer entre les diverses personnes qui peuvent en être investies, suivant leur degré de parenté avec les enfants de l'absent. A la vérité, les ascendants ne sont pas appelés à la tutelle conformément aux règles ordinaires: mais aucun doute n'existe, comme on va le voir, sur les motifs de cette involontaire anomalie.

S'il y a tutelle, il y a lieu à la nomination d'un subrogé tuteur; le tuteur est grevé sur ses biens d'une hypothèque légale, et le conseil de famille n'a, pour organiser cette surveillance que les pouvoirs à lui reconnus pour l'organisation de toute autre tutelle (3).

Toutefois, dans une interprétation qui s'écarte complètement des opinions ordinairement professées à ce sujet, cette surveillance aurait pour objet de suppléer à la disparition du

(1) Demolombe, II, n. 320; Valette sur Proudhon, I, p. 307, note *a*; Demante, I, n. 187 *bis*, I; Laurent, II, n. 148; Huc, I, n. 462; Surville, I, n. 403.

(2) Surville, *loc. cit.*

(3) Aubry et Rau, I, § 160, p. 962, n. 7; Marcadé, I, art. 142-III, n. 499; Laurent, II, n. 148; Huc, I, n. 462; Planiol, I, n. 1760; Surville, I, n. 403; de Moly, n. 192 s.; Magnin, *op. cit.*, I, n. 117, 488 et 489. — *Contra*: Demolombe, II, n. 321-323; Demante, I, n. 187 et 187 *bis*, II; Valette sur Proudhon, I, p. 307, note *a*.

père, non point en tant que tuteur, mais en tant que titulaire de la puissance paternelle, de telle sorte que son organisation s'imposerait encore même au cas où il n'exercerait pas la tutelle, et que, s'il l'exerçait, il devrait être remplacé, comme père, conformément à notre disposition, et comme tuteur d'après les règles du droit commun (1). Mais rien ne laisse véritablement entrevoir dans la loi l'intention de dédoubler ainsi, dans les circonstances qu'elle prévoit, le pouvoir qui s'exerce pour la protection des enfants, et par là de maintenir distincte dans certains cas l'autorité domestique de l'autorité tutélaire, en assujettissant la dévolution de chacune d'elles à des règles différentes. Et, d'autre part, on a bien voulu confesser que, appliquée à l'exercice de la puissance paternelle, la dénomination de « tuteur provisoire », employée par la loi en ce qui concerne les collatéraux ou les étrangers, aurait été aussi mal choisie que possible.

**1296.** La tutelle provisoire est donc ici déférée par le conseil de famille à l'ascendant le plus proche, tandis que la tutelle ordinaire lui est, en principe, déférée par la loi même. Mais voici comment s'explique ce défaut d'harmonie. Le projet du titre *De la tutelle* confiait au conseil de famille, dans tous les cas où il y aurait lieu à la tutelle des ascendants, le soin de désigner, parmi ceux du même degré et du même sexe, lequel serait tuteur; et ce système fut appliqué dans l'art. 142. Mais, lors de la discussion de ce titre, on changea ce mode de délation de la tutelle, à laquelle l'ascendant le plus proche fut appelé par la loi (art. 402 s.) (2). Ce changement aurait dû entraîner le remaniement de l'art. 142, mais on n'y songea pas.

L'interprète n'a pas d'ailleurs qualité pour l'opérer à la place du législateur, et dès lors l'art. 142 doit être strictement appliqué dans sa teneur : quoi qu'on ait prétendu, il n'a été abrogé par les art. 402 s., ni expressément, ni tacitement, puisque ces dispositions règlent des hypothèses différentes (3).

(1) Beudant, II, n. 775.

(2) Cf. *Projet du Code*, liv. I, tit. IV, art. 31, et tit. IX, art. 20 (Fenet, *Trav. prép. du code civ.*, II, p. 36 et 73); Locré, *Lég.*, IV, p. 110, n. 8.

(3) Demolombe, II, n. 321; Valette sur Proudhon, I, p. 307, note *a*; Demante, I,

**1297.** Troisième hypothèse : disparition du père, suivie du décès de la mère avant la déclaration d'absence (art. 142). — Aussitôt après la disparition du père, la mère exerce à sa place la puissance paternelle (art. 141) : sa mort survenant donne ouverture à la tutelle de ses enfants mineurs, laquelle revient de plein droit au père absent (art. 390). On retombe alors dans l'hypothèse précédente : le père est tuteur, et la mère est morte. Si donc, lors du décès de celle-ci, six mois se sont déjà écoulés depuis la disparition du père, on appliquera de suite l'art. 142; sinon, l'on ne s'y conformera qu'à l'expiration de ces six mois (1).

Mais vainement l'époux présent, décédé seulement après la disparition de son conjoint, aurait-il désigné à ses enfants un tuteur testamentaire : son choix pourrait être sans doute, à défaut d'ascendant, confirmé par le conseil de famille, mais il n'équivaudrait pas à la nomination d'un tuteur testamentaire, car il n'y a de tutelle de cette espèce que celle qui est déférée par le dernier mourant des père et mère (art. 397); or la mort du père n'est pas établie (2).

**1298.** Aux deux hypothèses précédentes doit être assimilée celle où se produit la disparition simultanée ou successive des deux parents : les mêmes mesures s'imposant, l'art. 142 doit être de tous points déclaré applicable (3).

2° Disparition de la mère.

**1299.** La loi n'a pas prévu cet événement; mais il est aisé de suppléer à son silence dans les trois cas qui peuvent se présenter.

Première hypothèse : disparition de la mère, le père étant présent. — Cet événement ne change rien à la situation du père par rapport à ses enfants, et c'est pourquoi la loi n'en a

n. 187 *bis*, II; Laurent, II, n. 148. — *Contra* : Marcadé, I, art. 142-IV, n. 500. — Cpr. Planiol, I, n. 1760.

(1) Demolombe, II, n. 324; Laurent, II, n. 148; Huc, I, n. 462; Planiol, *loc. cit.*; Beudant, *loc. cit.*; Surville, I, n. 404.

(2) Demolombe, II, n. 325. — *Contra* : Zachariæ, éd. Massé et Vergé, I, § 107, p. 163.

(3) Demolombe, II, n. 329; Demante, I, n. 191; Huc, I, n. 462. — *Contra* : Marcadé, I, art. 142-VII, n. 502.

pas parlé. Le père continue d'exercer la puissance paternelle comme avant la disparition de sa femme et au même titre (1).

**1300.** DEUXIÈME ET TROISIÈME HYPOTHÈSES : disparition de la mère, précédée ou suivie du décès du père avant la déclaration d'absence. — La mère étant tutrice lors de sa disparition, ou l'étant devenue depuis par le décès de son mari, il y a lieu, six mois après cette disparition, à la délation provisoire de la tutelle, conformément à l'art. 142, qui doit être appliqué par analogie. Ne devrait-il pas l'être d'ailleurs en pareil cas, aux termes de l'art. 143, si la mère était remariée? Or qu'importe qu'elle le soit ou non, du moment que le propre père des enfants n'existe plus (2)?

2. *Enfants issus d'un précédent mariage.*

**1301.** Lorsque le présumé absent laisse des enfants mineurs issus d'un mariage autre que celui dans les liens duquel il est actuellement engagé, l'art. 142 doit encore être observé en vertu de l'art. 143, ainsi conçu : « *Il en sera de* » *même dans le cas où l'un des époux qui aura disparu, lais-* » *sera des enfants mineurs issus d'un mariage précédent.* » A vrai dire, cette disposition était inutile : le cas dont il s'agit rentrait en effet dans les prévisions de l'art. 142, puisque l'un des auteurs des enfants est décédé quand l'autre vient à disparaître; et cette particularité que l'auteur survivant est remarié ne pouvait pas empêcher l'application de cet article, la loi ne devant pas compter sur son nouveau conjoint pour sauvegarder les intérêts des mineurs.

**1302.** L'application des règles posées dans les art. 141-143 suppose, on doit l'observer, qu'il y a lieu de pourvoir provisoirement au remplacement de celui des parents des enfants qui exerçait sur eux la puissance paternelle ou l'autorité tutélaire. Elle cesserait donc nécessairement si, pour un motif quelconque, déchéance de la puissance paternelle, refus, dispense, exclusion ou destitution de la tutelle, les enfants du

(1) Aubry et Rau, I, § 160, p. 961, n. 2; Demolombe, II, n. 310; Duranton, I, n. 515; Planiol, I, n. 1766; Surville, I, n. 405; Beudant, II, n. 775.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 962; Demolombe, II, n. 327 et 328; Demante, I, n. 189 et 190; Huc, I, n. 462; Surville, *loc. cit.*; Beudant, II, n. 775.

disparu étaient placés sous une autorité autre que la sienne. L'art. 424 C. civ. a d'ailleurs formellement prévu le cas où la tutelle serait « abandonnée par absence » (1).

3. *Enfants naturels de l'absent.*

**1303.** Du contexte de nos dispositions il résulte qu'elles n'ont eu pour but de régler que le sort des enfants légitimes de l'absent : comment doit donc être fixé celui de ses enfants naturels mineurs ?

On décide en général qu'il appartient alors au tribunal d'ordonner les mesures que commande l'intérêt de ces enfants : elles sont en effet autorisées par l'art. 112, et leur légitimité ne peut surtout pas être contestée par ceux qui reconnaissent au juge, même lorsque les parents des enfants sont présents, le droit de statuer souverainement sur le sort de ces derniers (2).

Sans repousser cette solution, nous estimons que les termes en doivent être mieux précisés. Quant aux droits de la puissance paternelle relatifs à la personne des enfants reconnus par leurs deux auteurs, en cas d'absence de l'un d'eux ils passeront à l'autre, si l'on admet qu'ils en sont tous deux investis de plein droit, quel que soit celui auquel appartienne à cet égard la prééminence. Et les droits relatifs à l'administration des biens des mineurs seront exercés nécessairement par un tuteur provisoire, s'il est vrai que leur tutelle s'ouvre dès leur naissance et doit être de fait organisée dès qu'ils ont des biens. Ce tuteur sera-t-il le survivant des père et mère, s'ils ont tous deux fait une reconnaissance, ou un tuteur datif, et, dans ce dernier cas, sera-t-il nommé par un conseil de famille ou par le tribunal? Cette question doit être résolue conformément aux solutions générales qui seront données au titre *De la tutelle*, pour l'organisation de la protection des enfants naturels. Toutefois les auteurs mêmes qui confient au conseil de famille la nomination du tuteur ordinaire de ces enfants, pourraient la lui refuser lorsqu'il ne s'agit que d'un

(1) Demolombe, II, n. 330 ; Huc, I, n. 465 ; Beudant, II, n. 775.
(2) Demolombe, II, n. 331 ; Huc, I, n. 464.

tuteur provisoire, à raison des circonstances particulières dans lesquelles intervient cette nomination et par application de l'art. 112, tandis que d'autres pourraient, en sens contraire, se prévaloir de l'argument d'analogie que fournit l'art. 142.

**1304.** Enfin on remarquera qu'avec les art. 141-143 il n'a été parlé que des mineurs non émancipés (1). L'absence du curateur d'un mineur émancipé donnerait lieu à des mesures qui seront ultérieurement déterminées.

### II. *Effets de la déclaration d'absence.*

**1305.** La déclaration d'absence, qui met fin, en principe, aux mesures prises dans la première période et fait organiser une protection plus complète des intérêts restés en souffrance, modifie-t-elle aussi la situation des enfants non émancipés laissés par l'absent? Cette modification ne s'impose guère lorsque, par application des art. 142-143, il a été institué une tutelle provisoire, car elle ne peut porter alors que sur le mode de délation de la tutelle, et les garanties données aux enfants ne peuvent pas être augmentées. Mais, lorsque la surveillance des enfants a appartenu pendant la présomption d'absence au parent présent, on aperçoit de quel intérêt est, dès que cette période prend fin, la substitution à ce mode d'administration d'une tutelle véritable. Cette substitution doit-elle donc, dans ce cas comme en tous les autres, s'accomplir après que l'absence a été déclarée? En d'autres termes les art. 141-143 cessent-ils de ce jour d'être applicables?

L'affirmative est très généralement admise (2), et nous l'adoptons. Ce n'est pas qu'on puisse invoquer en sa faveur, comme on le fait pourtant, les termes de « surveillance », de « disparition », lesquels ne pourraient s'entendre, dit-on, que d'une « mesure provisoire » et se rapporter qu'à la présomption d'absence. Les adversaires de cette opinion se sont char-

(1) Demolombe, II, n. 307 et 332; Huc, I, n. 464.

(2) Aubry et Rau, I, § 160, p. 961, n. 1, et p. 963, n. 8; Demolombe, II, n. 335 et 336; Valette sur Proudhon, I, p. 311, note *a;* Demante, I, n. 184; Delvincourt, I, p. 48, notes 1 et 2; Huc, I, n. 459; Beudant, II, n. 775. — Cpr. Surville, I, n. 402. — *Contra :* Toullier, I, n. 458; Duranton, I, n. 517 et 518; Laurent, II, n. 219 s.; Fuzier-Herman, art. 141, n. 3. — Cpr. Plasman, I, p. 311.

gés de montrer la fragilité de cet argument, en se prévalant eux-mêmes de la généralité de ces expressions, justement susceptibles, d'après eux, de s'appliquer « à la déclaration d'absence aussi bien qu'à la présomption d'absence ». Suffit-il aussi, comme on l'a dit, de lire le chapitre IV, « pour demeurer convaincu que le législateur n'a eu en vue que des mesures provisoires, dont la durée se trouve naturellement restreinte à la période de présomption d'absence » ? C'est d'autant moins soutenable qu'on a encore argumenté de la place de ce chapitre à la fin de notre titre pour prétendre que les dispositions doivent en être étendues aussi bien à la seconde période de l'absence qu'à la première. Mais deux raisons nous déterminent. D'une part, les termes de l'art. 142 « avant que l'absence du père ait été déclarée » impliquent que sa décision ne serait plus vraie si le décès de la mère n'était survenu qu'après cette déclaration : en dépit de ses efforts, M. Laurent (1) ne parvient pas à en donner une autre explication qui soit acceptable, car dire que « la seule difficulté que cet article ait eu à décider », c'est celle de savoir si « l'on organiserait immédiatement une tutelle provisoire, ou si l'on attendrait qu'il y ait déclaration d'absence », c'est créer à plaisir une difficulté peu sérieuse pour prêter au législateur l'intention de la résoudre. Et, d'autre part, on comprend que la loi veuille organiser la tutelle conformément aux règles ordinaires dès que, l'incertitude sur l'existence de l'absent se prolongeant, la protection des intérêts des mineurs réclame les mêmes mesures que commanderait sa mort prouvée. Qu'importe en effet l'événement qui les prive de sa présence et du secours qu'ils sont en droit d'en attendre ? Inutilement oppose-t-on qu'ils peuvent d'autant mieux se passer des garanties de la tutelle qu'il ne se fera, dans la période qui s'ouvre, rien que de provisoire : car il n'empêche que leurs droits n'en peuvent pas moins, en fait, être irrémédiablement compromis.

**1306.** Ce dernier motif montre que la tutelle ordinaire doit s'ouvrir provisoirement, à compter de la déclaration d'ab-

(1) II, n. 221.

sence, dans tous les cas visés par les art. 141-143 et autres qui leur sont assimilés, lors même, par conséquent, que les mineurs auraient été placés jusque-là sous l'autorité de leur parent présent et que celui-ci déclarerait à cette époque opter pour la continuation de la communauté (1). Pour rendre les garanties de la tutelle moins nécessaires, puisque les enfants ne recueillent pas alors à titre provisoire la succession de leur auteur absent, cette continuation ne les rend nullement inutiles, soit pour la conservation des biens qui leur seront plus tard attribués, soit peut-être aussi pour l'administration des biens personnels qui leur appartiendraient déjà. Partant, il faut repousser l'opinion de ceux qui veulent que l'administration légale du parent présent continue comme la communauté elle-même, lorsque du moins les enfants n'ont pas encore de patrimoine personnel.

## APPENDICE I

### DE L'ABSENCE DES MILITAIRES

**1307.** Le titre IV du code civil est naturellement applicable aux militaires comme à toutes autres personnes. Mais, à raison de la situation particulière dans laquelle ils sont placés, des dangers auxquels elle les expose et de la difficulté de constater parfois leur sort, à raison aussi de la faveur à laquelle leur fonction leur donne des titres indiscutables, leur absence a été, à diverses époques, soumise à des règles spéciales, qui se sont inspirées, soit de leur propre avantage, soit de celui des tiers. L'intérêt, sinon la force obligatoire, de certaines des lois qui eurent cet objet, n'a pas survécu aux circonstances qui leur avaient donné naissance : aussi suffit-il ici de les citer. Il en fut ainsi de la loi du 6 brumaire an V, qui établit diverses mesures ayant pour objet la conservation des droits et des biens des « défenseurs de la patrie » et des autres citoyens au service des armées de terre et de mer; de

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.;* Demolombe, II, n. 336. — *Contra :* Duranton, I, n. 518; Demante, I, n. 184 *bis*, et *Encyc. jur.*, v° *Absence*, n. 147, note 1; Marcadé, I, art. 143-V, n. 507; Plasman, I, p. 311.

la loi du 21 décembre 1814, qui prorogea certains délais accordés par la précédente; de la loi du 13 janvier 1817, déjà préparée par une ordonnance du 3 juillet 1816, et relative aux moyens de faire déclarer l'absence ou constater le décès des militaires et marins disparus pendant les guerres de la Révolution et de l'Empire; enfin de la loi des 9-12 août 1871, qui a remis en vigueur celle de 1817, pour constater judiciairement le sort des Français, attachés ou non aux armées, qui disparurent « par suite de faits de guerre » du 19 juillet 1870 au traité de paix du 31 mai 1871 (1).

**1308.** Mais, quoique nées aussi des circonstances, d'autres dispositions ont conservé leur intérêt avec leur force législative. Aussi y a-t-il lieu de les analyser brièvement à cette place et de marquer les dérogations principales qu'elles ont apportées au droit commun.

Tel est le cas, d'après l'opinion générale, pour la loi du 11 ventôse an II, et pour celle du 16 fructidor de la même année, qui a élargi le cercle des personnes auxquelles la première était applicable. Ces deux actes n'ont pas été abrogés, en effet, par la loi du 30 ventôse an XII, car aucune disposition du Code civil n'est relative à cette « matière » spéciale, et un décret postérieur ordonna même, à la date du 16 mars 1807, la publication des deux lois de l'an II dans les pays réunis à la France depuis qu'elles avaient été portées. Elles n'ont été abrogées non plus, ni par la publication de la paix générale, le 14 février 1816, leur texte n'en ayant nullement limité jusqu'à cette date la force obligatoire, ni moins encore par la loi du 13 janvier 1817, dont l'objet est tout à fait différent. Elles doivent donc être considérées comme étant encore en vigueur (2).

(1) Cf. sur ces diverses lois : Aubry et Rau, I, § 161, p. 967 s.; Demolombe, II, n. 346 s.; Demante, I, n. 192 et 194 s.; Huc, I, n. 468 s.; Surville, I, n. 540; Fuzier-Herman, *Appendice au titre IV.*

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, art. 136, n. 6; Aubry et Rau, I, § 161, p. 964, n. 1 *bis*; Demolombe, II, n. 351; Toullier, I, n. 407; Demante, I, n. 192 et 192 *bis*, I; Huc, I, n. 467; Beudant, I, n. 197 s.; Surville, I, n. 540; Fuzier-Herman, *Appendice au titre IV*, loi du 11 ventôse an II, art. 1 et 2, n. 1; Plasman, II, p. 195 s. — Civ. cass., 23 août 1837, S., 37. 1. 809, D., 37. 1. 445. — Nîmes, 21 fév. 1838, D., 38. 2. 91. — *Contra* : Duranton, I, n. 430 et 432; Rolland de Villargues, *Rép.*

**1309.** Les dispositions de la loi du 11 ventôse an II n'avaient été déclarées applicables qu'aux « défenseurs de la patrie » (art. 1er), c'est-à-dire aux militaires proprement dits. Mais elles furent étendues, la même année, par la loi du 16 fructidor (art. 1er) « aux officiers de santé et à tous autres citoyens attachés au service des armées de la République ». Peu importe donc le titre auquel ils y sont attachés, ainsi que leur présence au corps ou leur éloignement de celui-ci, par suite d'une circonstance quelconque, au moment de leur disparition. Le but de la loi repousse toutes les distinctions qui pourraient être proposées (1).

**1310.** Quel est-il donc, et dans quelle mesure la loi déroge-t-elle au droit commun ?

Elle n'y déroge pas d'abord certainement en ce qui touche les biens que le militaire absent possédait au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles : l'art. 112 leur reste de tous points applicable (2).

Elle n'y déroge pas non plus, de l'avis général (3), en ce qui concerne les successions ouvertes au profit du militaire avant qu'il ne soit parti pour rejoindre son corps : il sera représenté, dans les opérations que nécessitent leur liquidation et leur partage, conformément au droit commun. Cette hypothèse n'est point effectivement régie par la loi du 11 ventôse an II, car cette loi suppose l'éloignement de l'intéressé lors de l'apposition des scellés, laquelle a lieu presque aus-

*du notariat;* v° *Absent,* § 8. — Colmar, 24 déc. 1816, D., *Rép.,* v° *Absence,* n. 730. — Nancy, 24 janvier 1820, S., 20. 2. 138, D., *Rép.,* v° *Absence,* n. 732. — Paris, 25 août 1821, S., 30. 2. 302, D., 22. 2. 75. — Nimes, 28 janvier 1823, S., 25. 2. 81, D. A., I, 47. — Req. rej , 25 août 1824, D., *Rép.,* v° *Absence,* n. 733.

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.,* n. 2; Demolombe, II, n. 342; Fuzier-Herman, *loc. cit.,* n. 3. — Civ. cass., 9 mars 1819, S., 19. 1. 343, D., *Rép.,* v° *Absence,* n. 641. — Civ. cass., 9 mars 1824, S., 24. 1. 203, D., 24. 1. 93.

(2) Merlin, *Rép.,* v° *Absent,* art. 113, n. 6; Aubry et Rau, *loc. cit.,* p. 965; Demolombe, II, n. 343; Beudant, I, n. 200. — *Contra :* Fuzier-Herman, *loc. cit.,* n. 4 s. — Colmar, 3 mai 1815, S., 16. 2. 47, D., *Rép.,* v° *Absence,* n. 649. — Cpr. Civ. cass., 9 mars 1824, précité.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.,* p. 965, n. 3; Demolombe, II, n. 343; Demante, I, n. 192 *bis,* II; Beudant, I, n. 200. — Orléans, 17 août 1853, D., 54. 2. 22. — Cpr. Colmar, 3 mai 1815, précité.

sitôt après l'ouverture de la succession, et elle prescrit d'avertir l'héritier de cette apposition.

**1311.** Notre loi prévoit donc exclusivement le cas où une succession échoit au militaire après son départ, et en conséquence elle ordonne au juge de paix qui a apposé les scellés d'avertir directement l'héritier, s'il sait à quel corps ou armée il est attaché, et en même temps le ministre de la guerre. Le délai d'un mois expiré, « si l'héritier ne donne pas de ses nouvelles, et ne donne pas de procuration », il doit lui être nommé, par le conseil de famille, un curateur qui provoque la levée des scellés, assiste à leur reconnaissance, et peut faire procéder à l'inventaire et à la vente des meubles, en toucher le prix et administrer les immeubles en bon père de famille, à charge de rendre compte au militaire absent ou à son fondé de pouvoir (art. 1-4).

**1312.** Mais l'ouverture de la succession postérieurement au départ de l'héritier peut se produire, soit alors que son existence ne saurait être mise en doute, soit alors qu'elle est déjà devenue incertaine : la loi régit-elle également les deux cas ?

Qu'elle régisse le premier, c'est ce qui est incontestable, puisqu'elle suppose qu'un avertissement peut être directement donné à l'héritier et qu'il lui est possible d'envoyer une procuration : faute donc par lui de le faire, et quoiqu'il ne soit que non présent, ses intérêts seront sauvegardés conformément aux prescriptions particulières de la loi (1).

**1313.** Mais il est permis de contester fortement, au contraire, que celle-ci soit applicable au cas d'absence véritable. En effet toute dérogation au droit commun doit être certaine. Or la loi de l'an II déroge-t-elle nettement aux art. 135 et 136 C. civ., d'après lesquels un droit éventuel ne peut s'ouvrir au profit d'une personne que tout autant que son existence lors de l'ouverture de ce droit est formellement établie ? C'est ce qu'il ne semble pas, si l'on en juge par les controverses que son interprétation soulève, et si l'on s'en rapporte à ses termes. Car ils paraissent impliquer que l'intéressé a

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, art. 136, n. 5; Demante, I, n. 192 *bis*, II.

réellement la qualité d' « héritier », et qu'il est seulement éloigné du lieu où la succession s'est ouverte ; et c'est pourquoi on cherche à lui faire connaître les événements accomplis, soit directement, soit tout au moins par l'entremise du ministre de la guerre. Or l'absent véritable n'a point, précisément à raison de l'incertitude qui plane sur son existence, la qualité d'héritier. Il est vrai que la loi suppose que l'intéressé ne « donne pas de ses nouvelles » : mais ces expressions peuvent fort bien s'entendre du silence qu'il garde après la communication qui lui a été faite. Et lorsque le militaire est ensuite qualifié d' « absent », ce terme ne peut certainement pas être pris dans sa signification technique, puisqu'il doit s'appliquer ici tout au moins, ainsi qu'on le sait déjà, au militaire simplement non présent. Enfin l'art. 3 de la loi ne prévoit de compte à rendre qu'à l'absent lui-même ou à son fondé de pouvoir, ce qui tendrait à montrer que l'hypothèse où la succession ne pourrait définitivement pas lui rester, son existence n'ayant pas cessé d'être incertaine, n'est pas entrée dans les prévisions de la loi (1).

Malgré la gravité de ces arguments, la majorité de la doctrine admet que la loi de l'an II a écarté pour les militaires absents l'application des art. 135 et 136, en ce sens que les successions qui s'ouvrent à leur profit doivent être « mises en réserve..., sans que les héritiers présents soient autorisés à les en exclure », ou, dans une formule différente, placées sous « une espèce de séquestre, qui s'oppose également à l'investiture, soit du militaire absent, soit de ceux qui recueilleraient la succession à son défaut » (2). Cette opinion prétend se fonder à la fois sur la « généralité des termes » de la loi, et sur ce que « la faveur spéciale qu'elle a voulu accorder aux militaires devien-

(1) Merlin, *loc. cit.;* Huc, I, n. 467. — Rouen, 29 janv. 1817, S., 19. 2. 79, D., *Rép.*, v° *Absence*, n. 654. — Toulouse, 1er mai 1823, S., 23. 2. 232, D., 23. 2. 156. — Nancy, 1er mars 1827, S., 29. 2. 63.

(2) Aubry et Rau, I, § 161, p. 966, n. 5; Demolombe, II, n. 344 et 352; Duranton, I, n. 430; Demante, I, n. 192 et 192 *bis*, II; Beudant, I, n. 200; Surville, I, n. 540. — Civ. cass., 9 mars 1819, S., 19. 1. 343, D., *Rép.*, v° *Absence*, n. 641. — Civ. cass., 9 mars 1824, S., 24. 1. 203, D., 24. 1. 93. — Civ. rej., 17 fév. 1829, D., 29. 1. 151. — Cpr. Fuzier-Herman, *loc. cit.*, n. 8 s. — Req. rej., 16 juill. 1862, S., 63. 1. 152, D., 62. 1. 543.

drait illusoire si les héritiers présents pouvaient les exclure des successions auxquelles ils se trouvent appelés, en contestant leur existence ». — Mais on sait déjà ce qu'il faut penser du premier argument; et quant au second, il tendrait à faire croire qu'il suffirait aux héritiers présents, dans le système contraire, de dénier l'existence du militaire appelé à l'hérédité pour écarter l'application de notre loi, ce qui serait une erreur évidente, celle de l'art. 135 étant elle-même subordonnée à la condition que cette existence soit devenue réellement incertaine. Par suite, dans tous les cas où elle ne le serait pas véritablement en dépit des contradictions des intéressés, la loi de l'an II devrait et pourrait être observée. A la vérité cette loi, ainsi interprétée, perdrait de son importance, puisqu'elle se bornerait alors à organiser, au profit des militaires non présents, un mode particulier d'administration des successions auxquelles ils sont appelés : mais, si rien ne prouve péremptoirement qu'elle ait voulu leur faire une faveur plus grande, ne faut-il pas, lorsqu'ils sont absents, en revenir au droit commun, c'est-à-dire aux dispositions des art. 135 et 136 ?

**1314.** En tout cas on s'accorde à reconnaître qu'après la déclaration d'absence le droit commun reprend son empire, et que les héritiers présents sont autorisés, à compter de cette époque, à réclamer au curateur nommé la restitution des biens qu'ils auraient recueillis au défaut du militaire absent (1). La déclaration d'absence, qui constate l'incertitude de l'existence de l'absent, en la faisant remonter au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles, doit, dit-on, produire, en dépit de la loi de l'an II, son effet ordinaire quant aux successions qui lui sont échues depuis lors. Sans doute; mais juridiquement n'en doit-il pas être de même dès que naît cette incertitude, et par conséquent même pendant la présomption d'absence? En reconnaissant que la loi de l'an II ne fait pas obstacle, malgré la généralité de ses termes, à

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 966 et 967, n. 7 ; Demolombe, II, n. 345 ; Demante, I, n. 193 et 193 *bis ;* Huc, I, n. 467 ; Beudant, I, n. 200. — Civ. rej., 20 juin 1831, S., 31. 1. 286, D., 31. 1. 224. — Civ. cass., 23 août 1837, S., 37. 1. 809, D., 37. 1. 445. — Caen, 2 mars 1843, *Rec. de Caen,* VII, p. 178. — Cpr. Surville, I, n. 540.

l'application du droit commun à partir du jour où l'absence est déclarée, les auteurs ont fourni un argument de plus à l'opinion qui a été plus haut exposée, car, en droit, il n'y a pas plus de raisons pour réserver au profit du présumé absent les successions auxquelles il est appelé que pour le faire au profit de l'absent déclaré. Vainement observerait-on que celui-ci est présumé mort et que le premier ne l'est pas : car on a déjà souvent répété que cette présomption de décès n'a été nulle part consacrée par la loi.

**1315.** Au surplus, en dépit du principe que toute dérogation au droit commun doit être interprétée restrictivement, et malgré les termes de la loi, qui parle des successions de leurs « pères et mères..., et autres parents » auxquelles les militaires sont appelés, on admet communément, en faisant prévaloir son esprit sur son texte, qu'elle est pareillement applicable à tous les droits éventuels qui peuvent leur compéter, et notamment aux legs et donations de biens à venir qui leur sont advenus (1).

**1316.** Par cette analyse des dispositions des lois spéciales dont l'intérêt peut encore subsister, on voit que la déclaration d'absence des militaires et autres personnes qui leur sont assimilées reste soumise, à tous les points de vue, aux règles de notre titre. Mais il convient de rappeler que la loi du 8 juin 1893 a institué une procédure qui rend possible la constatation de leur décès (2), tout au moins lorsque leur disparition se produit dans certaines circonstances.

## APPENDICE II

### CONFLITS DES LOIS RELATIVES A L'ABSENCE (3)

**1317.** Les intérêts laissés en souffrance par une personne qui a disparu ne sont pas, dans tous les pays, sauvegardés de la même façon. Tandis que les uns, comme le nôtre, se bor-

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 965 et 966, n. 4; Demolombe, II, n. 343; Duranton, I, n. 430; Demante, I, n. 192 *bis*, III; Fuzier-Herman, *loc. cit.*, n. 21. — Civ. cass., 9 mars 1819, précité.

(2) Cf. *supra*, n. 916 s.

(3) Olivi, *Rev. gén. du droit*, 1887, XI, p. 425 s., 520 s.; 1888, XII, p. 136 s.

nent à autoriser sous certaines conditions la constatation de l'incertitude qui plane sur son existence et la déclaration de son état d'absence, sans présumer à aucune époque son décès, les autres, comme l'Allemagne et l'Autriche, permettent de prononcer une déclaration de mort, qui fait réputer l'absent décédé, et donnent à cette présomption des effets plus ou moins étendus (1). De là l'intérêt qu'il y a à savoir comment doit être réglée la situation d'une personne disparue qui était domiciliée ou possédait des biens hors du pays auquel elle ressortissait, et si c'est d'après sa loi nationale, la loi de son domicile, ou la loi du lieu où ses biens sont situés.

**1318.** Ces conflits de lois doivent être, selon la majorité de la doctrine, à l'opinion de qui nous adhérons, résolus de la même manière que ceux des lois qui assurent la protection des personnes, et pour les mêmes raisons. Les lois relatives à l'absence ne sont effectivement que des lois de protection à la fois pour l'absent lui-même et pour tous ceux dont son état d'absence paralyse les droits : elles ont pour but la sauvegarde des intérêts divers compromis par sa disparition, aussi bien de ceux que l'absent ne saurait plus défendre par lui-même que de ceux des personnes dont les droits ne s'ouvrent régulièrement qu'à son décès prouvé, et qui, dans l'impossibilité où elles sont d'établir sa mort, pourraient n'être jamais admises à les exercer, si on ne les y autorisait à titre exceptionnel. Ces lois, d'autre part, ne sont-elles pas aussi des lois relatives à l'état des individus? Non que l'absence constitue à proprement parler, comme on l'a dit parfois, une modification dans leur état juridique, car l'absent, encore vivant ou déjà mort, n'en conserve pas moins dans la réalité toujours le même état. Mais, si par elle-même l'absence ne le transforme pas, elle le rend tout au moins absolument incertain, et quelle incertitude peut être plus grande que celle qui amène à se demander si l'absent vit toujours ou ne vit plus? Or c'est cette incertitude sur son existence même qui provoque l'organisation des mesures destinées à se prolonger tant qu'elle durera. Avec elle, naît et prend fin le régime particulier auquel sont soumis

(1) Cf. Weiss, 2e édit., p. 396 s. ; Despagnet, 3e édit., n. 244.

les intérêts pécuniaires ou de famille que l'absent a laissés à l'abandon.

Lois de protection des individus et relatives à leur état, puisqu'elles vont même, en certaines législations, jusqu'à les faire réputer morts, les règles applicables à l'absence d'une personne sont donc déterminées par sa nationalité, conformément aux principes ordinaires, en quelque lieu qu'elle ait son domicile et qu'elle possède des biens. Ces biens d'ailleurs, grâce à cette solution et à l'observation d'une loi unique, sont ainsi partout dévolus et régis de la même façon, tandis qu'ils seraient susceptibles de l'être très différemment, suivant le lieu de leur situation, si les effets de l'absence étaient régis, comme certains le veulent, par la *lex rei sitæ*. L'unité de la loi à suivre assure seule l'unité d'administration, si essentielle pour l'efficace protection des intérêts à sauvegarder. Seule enfin elle permet d'éviter, avec toutes les complications qui en seraient la suite, les contradictions auxquelles exposerait l'application de lois diverses, dont les unes considèreraient l'absent comme décédé, pendant que les autres ne le supposeraient ni mort, ni vivant, ce qui serait également contraire à l'unité de la notion de l'état (1).

**1319.** Malgré ses avantages théoriques et pratiques, cette théorie n'est cependant pas admise par tous. D'après certains auteurs, les effets de l'absence seraient régis par la loi du lieu de leur situation en ce qui concerne les immeubles, et, quant aux meubles, par la loi nationale de leur propriétaire suivant les uns, par la loi de son domicile selon les autres. Divergente en ce dernier point par ses résultats, leur doctrine est différente aussi par leur principe. Les uns, en effet, la justifient en disant que l'envoi en possession des biens de l'absent constitue une sorte d'ouverture anticipée de sa succession, et se croient dès lors obligés d'appliquer à la dévolution de ces biens la même loi qu'ils lui appliqueraient si sa succession s'était réellement ouverte (2). Les autres estiment que l'ab-

(1) Huc, I, n. 415; Weiss, p. 400; Despagnet, n. 244; Fiore, *Dr. intern. privé*, n. 72; Rougelot de Lioncourt, *Conft. des lois pers. fr. et étr.*, p. 153 s. — Cpr. Brocher, *Dr. intern. privé*, I, n. 83 s.

(2) Demolombe, II, n. 71 et 82; Barde, *Théorie traditionnelle des statuts*, p. 109. — Cpr. Surville et Arthuys, n. 333.

sence, ayant pour résultat d'opérer une modification dans la condition juridique des biens, doit, comme telle, être régie par la loi du lieu de leur situation, conformément aux vues des anciens jurisconsultes statutaires (1).

Mais, quelque fondement qu'on lui donne, ce système ne résiste pas, selon nous, à une double constatation. D'une part, l'absence n'équivaut pas, dans notre droit tout au moins, à l'ouverture, même provisoire, de la succession de l'absent, et, partant, il n'y a pas lieu de les assimiler l'une à l'autre au point de vue de la loi applicable. D'autre part, ainsi qu'on l'a déjà expliqué, les règles relatives à l'absence ont pour objet, du moins en général, la protection des personnes dont elle tient les droits en suspens ou dont elle laisse les biens en souffrance. Si elles organisent un mode d'administration de ces biens, ce n'est point que leur situation juridique ait changé, car l'absence la modifie moins encore que l'état des personnes mêmes : mais c'est qu'il n'y a que cette forme sous laquelle puisse se traduire la protection qu'il est nécessaire d'assurer à ces dernières.

**1320.** Dans une certaine mesure pourtant, les biens eux-mêmes doivent être pris en considération par une théorie rationnelle de l'absence, à savoir dans la mesure, impossible à préciser en une formule, où il importe à la collectivité qu'ils ne dépérissent pas et que leur abandon ne soit pas une cause de diminution pour la richesse publique. C'est dire que quelques règles de l'absence sont d'ordre public international, et excluent comme telles l'application de la loi nationale de la personne à qui les biens appartiennent. L'intérêt collectif prime alors les intérêts particuliers : la loi territoriale redevient souveraine, et la loi personnelle des intéressés doit s'incliner devant elle (2).

**1321.** De la combinaison des principes qui viennent d'être posés résultent les conséquences suivantes :

1° Les règles qui gouvernent la présomption d'absence sont applicables à tous les biens situés en France, quelle que soit

(1) Laurent, *Dr. civ. intern.*, VI, n. 334 s.; VII, n. 92 s.
(2) Weiss, p. 400; Despagnet, n. 244.

la nationalité de leur propriétaire, et sans égard aux dispositions de sa loi. Ainsi le décident tous les auteurs (1), par ce motif qu'elles ont pour but la conservation des biens délaissés, à laquelle est intéressée au premier chef la richesse du pays où ils se trouvent, et que par suite elles sont d'ordre public international. Et de ce motif même il suit qu'inversement c'est en se conformant à leur propre loi que les tribunaux étrangers doivent pourvoir à l'administration des biens délaissés par des Français dans leur ressort.

**1322.** 2° C'est d'après la loi nationale de l'absent que le tribunal de son domicile doit procéder à la constatation de son absence, et prononcer par suite, suivant la teneur de cette loi, soit une simple déclaration d'absence, soit même une déclaration de mort (2). Cette dernière déclaration ne paraît pas contraire, en principe, dans les pays qui ne l'admettent pas, à l'ordre public international, car elle n'a d'autre objet que de préciser provisoirement la situation supposée de l'absent, sans le dépouiller définitivement de ses droits, et de faciliter par là le règlement des divers intérêts en présence.

Par application, d'ailleurs, de sa théorie générale, la jurisprudence a parfois refusé aux tribunaux français le droit de déclarer, sous quelque forme que ce soit, l'absence d'un étranger domicilié dans notre pays (3), tandis que d'autres arrêts le leur ont reconnu, lorsque du moins cette déclaration était provoquée par un de nos nationaux, au nom du caractère purement conservatoire de cette mesure (4).

**1323.** 3° La déclaration émanée du juge compétent a des effets extraterritoriaux, en ce sens qu'elle doit être acceptée

(1) Demolombe, II, n. 14 *bis;* Laurent, *Dr. civ. intern.*, VI, n. 93, et VII, n. 336; Huc, I, n. 407; Fuzier-Herman, art. 112, n. 8 et 9; Weiss, p. 400 et 401; Despagnet, n. 241; Surville et Arthuys, n. 331; Brocher, *op. cit.*, I, n. 85; Bonfils, *De la comp. des trib. fr.*, n. 78. — Douai, 2 août 1854, S., 54. 2. 700, D., 55. 2. 4; Surville et Arthuys, n. 332. — *Contra :* Trib. Seine, 11 janv. 1849, *Gaz. des Trib.*, 26 déc. 1851.

(2) Huc, I, n. 415; Weiss, p. 401; Despagnet, n. 243; Surville et Arthuys, n. 332.

(3) Demolombe, II, n. 14 *bis.* — Douai, 2 août 1854, précité. — Cpr. Bonfils, *loc. cit.*, n. 78.

(4) Cass., 1er mai 1897, *Le Droit*, 2 mai. — Civ. cass., 27 déc. 1897, D., 1901. 1. 40, *J. Clunet*, 1898, p. 334.

partout où l'existence de l'absent est incertaine, en tant qu'elle statue sur cette incertitude (1).

**1324.** 4° C'est la loi nationale de l'absent qui détermine les conditions auxquelles est subordonnée la déclaration de mort ou d'absence, notamment au point de vue des délais à l'expiration desquels elle peut intervenir (2). Et toutefois, si la loi territoriale fixait à cet égard des délais plus courts que ceux de la loi personnelle de l'absent, il serait permis de soutenir que la première doit l'emporter sur la seconde, au nom de l'ordre public international : il importe, en effet, au pays que l'application des mesures ayant pour but la conservation des biens délaissés, et par suite la sauvegarde d'un intérêt collectif de premier ordre en même temps que celle des intérêts privés en jeu, ne soit pas retardée. Il y aurait, pour le décider ainsi, les mêmes raisons qui font reconnaître par tous au juge de la situation des biens la faculté d'ordonner, sans égard à la loi de leur propriétaire, les mesures conservatoires nécessaires pendant la période de présomption d'absence, puisque le régime organisé pour la période suivante est considéré par le législateur comme étant seul de nature à protéger efficacement les intérêts restés en souffrance (3).

**1325.** 5° C'est enfin la loi nationale de l'absent qui détermine les effets de la déclaration, en tant du moins qu'ils ne sont pas contraires à l'ordre public international du pays où ils doivent se produire (4). Et, par exemple, c'est d'après ses dispositions que seront désignées les personnes chargées de prendre soin des biens abandonnés et définis leurs pouvoirs, du moins en principe. Mais l'ordre public s'opposerait en France, semble-t-il, à ce que les personnes envoyées en possession des biens d'un étranger pussent faire, en conformité de sa loi, des conventions ayant le caractère de pactes sur succes-

(1) Despagnet, n. 243; Weiss, p. 820; Moreau, *Effets en Fr. des jug. étr.*, n. 28 s.

(2) Despagnet, n. 243; Surville et Arthuys, n. 332.

(3) Weiss, p. 401.

(4) Weiss, p. 401 et 402; Despagnet, n. 244. — *Contra* : Olivi, *loc. cit.*, 1887, XI, p. 435.

sion future (1). Et il ferait obstacle encore plus certainement à ce que l'époux de cet étranger, usant de la faculté qui lui serait reconnue par la loi de celui-ci, obtînt d'un tribunal français l'autorisation de se remarier avant d'avoir établi le décès de son conjoint (2). Peut-être même l'empêcherait-il enfin de se prévaloir, pour contracter en France un nouveau mariage, de la dissolution d'une union antérieure qui ne résulterait que d'une déclaration de mort de l'absent régulièrement intervenue en pays étranger, notre loi n'admettant pas l'absence au nombre des causes de dissolution de l'union légitime (3).

(1) Despagnet, n. 244.

(2) Weiss, p. 401. — Cpr. Despagnet, n. 255.

(3) Laurent, *Dr. civ. intern.*, IV, n. 300; Despagnet, *loc. cit.*; Pic, *Mariage en dr. intern. privé*, p. 148; Fiore, *J. Clunet*, 1887, p. 156. — *Contra* : Weiss, *loc. cit.*; Olivi, *op. cit.*, 1888, XII, p. 139.

FIN DU TOME II

# TABLE DES MATIÈRES

## CONTENUES DANS LE TOME II

---

## TITRE II

### DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL

HISTORIQUE


| (N°s) | | Pages |
|---|---|---|
| 777. | Des conditions particulières dans lesquelles doit être organisée la preuve des faits de l'état civil. . . . . | 1 |
| 778. | Les actes de l'état civil à Athènes et à Rome. . . . . | 2 |
| 779. | Constatation de ces faits par le clergé dans l'ancien droit. Actes de baptême . . . . . | 4 |
| 780. | Actes de mariage. . . . . | 5 |
| 781. | Actes de sépulture. . . . . | 6 |
| 782. | Ordonnances de Villers-Cotterets et de Blois . . . . . | 6 |
| 783. | Ordonnances postérieures, et notamment de 1667 et de 1736 . . . | 7 |
| 784. | Constatation des faits de l'état civil intéressant les israélites . . . | 9 |
| 785. | Constatation des faits de l'état civil intéressant les réformés, de 1598 à 1685. . . . . | 10 |
| 786. | Constatation des faits de l'état civil à partir de la révocation de l'Edit de Nantes . . . . . | 11 |
| 787. | Edit de 1787 . . . . . | 13 |
| 788. | Sécularisation des actes de l'état civil par le droit intermédiaire. | 14 |
| 789. | Loi des 20-25 septembre 1792 et législation postérieure. . . . . | 15 |
| 790. | Comment doit être organisée la publicité des faits de l'état civil. | 17 |
| 791. | Comment elle l'est actuellement . . . . . | 18 |
| 792. | Institution du casier civil . . . . . | 20 |
| 793. | Livrets de famille et loi du 17 août 1897 . . . . . | 22 |
| 794. | Division générale du titre II . . . . . | 23 |


### CHAPITRE PREMIER

DISPOSITIONS GÉNÉRALES


| | | |
|---|---|---|
| 795. | Division du chapitre. . . . . | 23 |


§ I. *Personnes qui figurent dans les actes de l'état civil.*


| | | |
|---|---|---|
| 796. | Enumération de ces personnes . . . . . | 24 |

(N°s) Pages

I. *De l'officier de l'état civil.*

797. Fonction de l'officier. Qui la remplit . . . . . 24
798. Du remplacement du maire par voie de suppléance . . . . . 25
799. Du remplacement du maire par voie de délégation : 1er cas . . . 25
800. Conséquences de l'irrégularité de la délégation . . . . . 26
801. 2me cas . . . . . 29
802. 3me cas . . . . . 29
802 *bis*. Cas où le conseil municipal n'est pas constitué. . . . . 29
803. Attributions de l'officier de l'état civil . . . . . 29
803 *bis*. Moyen de contraindre un officier à recevoir un acte. . . . . 30
803 *ter*. L'officier de l'état civil n'a aucun pouvoir de juridiction. . . . . 30
804. Sa compétence est territoriale . . . . . 31
805. L'officier est-il incompétent lorsque l'acte intéresse ses parents ou alliés? . . . . . 31
806. Peut-il dresser l'acte où il est partie, déclarant ou témoin ? . . . 32
807. Il est comme tel agent de l'ordre judiciaire. . . . . 32

II. *Des parties.*

808. Du rôle et de la présence des parties. . . . . 33

III. *Des comparants ou déclarants.*

809. De leur rôle. . . . . 33
810. Qui peut le remplir. . . . . 34

IV. *Des témoins.*

811. But de leur présence . . . . . 34
812. Condition requise pour être témoin. . . . . 34
813. Les témoins peuvent être parents des parties . . . . . 35
814. Les témoins peuvent être parents de l'officier de l'état civil. . . . 36
815. Ils peuvent ne pas savoir signer, n'être pas domiciliés dans la commune ou citoyens français. . . . . 36
816. Ils peuvent n'être pas Français . . . . . 36
817. Qui les choisit . . . . . 37
818. Du cas où on n'en trouve pas . . . . . 37

§ II. *Règles générales relatives à la rédaction des actes.*

819. Règle relative au contenu de l'acte . . . . . 37
820. 1° Il ne doit relater que ce qui doit être déclaré. . . . . 38
821. 2° Il ne doit relater que ce qui a été déclaré . . . . . 39
822. Règles relatives à la rédaction matérielle des actes : 1° date, mentions relatives aux personnes . . . . . 40
823. 2° Règle relative aux blancs et abréviations . . . . . 40
824. 3° Règle relative à la lecture . . . . . 40
825. 4° Règle relative à la signature . . . . . 41
826. 5° Règle relative aux ratures et renvois . . . . . 42
827. Modèles administratifs. . . . . 42

§ III. *Des registres.*

828. Règle relative à la tenue en double exemplaire . . . . . 42

(N°s) Pages

829. Du dépôt des registres . . . . . 43
830. Formalité du timbre et de l'enregistrement . . . . . 44
831. Cote et paraphe des registres. . . . . 44
832. Clôture annuelle des registres et confection des tables . . . . . 44
833. **Conservation des pièces annexées aux actes**. . . . . 45
834. Règle relative aux mentions à inscrire en marge des registres . . 46
835. Publicité des registres . . . . . 48
836. Par qui sont délivrés les extraits . . . . . 50
837. Du certificat de conformité et de la date de leur délivrance. . . . 50
837 *bis*. De leur légalisation . . . . . 50
838. *Quid* de la légalisation des extraits produits hors de l'arrondissement où ils ont été délivrés ? . . . . . 51

## § IV. *De la nature et de la force probante des actes.*

839. Nature authentique de ces actes. Leur force probante dans l'ancien droit . . . . . 52
840. I. Force probante des originaux et des extraits . . . . . 53
841. Peut-on exiger la représentation de l'original lui-même ? . . . . 53
842. Les extraits font-ils foi jusqu'à inscription de faux de leur conformité ? . . . . . 54
843. II. Toutes les énonciations des actes ne font pas foi jusqu'à inscription de faux : principe . . . . . 55
844. 1° Des énonciations qui font foi jusqu'à inscription de faux. . . . 56
845. 2° Des énonciations qui font foi jusqu'à simple preuve contraire. 57
846. 3° Des énonciations qui n'ont pas de force probante. . . . . 58

## § V. *Cas dans lesquels la preuve par témoins des actes est autorisée.*

847. Exceptions aux principes relatifs à la preuve des faits de l'état civil : leur fondement . . . . . 59
848. I. *Mode de preuve organisé par l'art. 46.* — De la preuve préalable. . . . . 61
849. De la preuve du fait lui-même. . . . . 62
850. Comment elle doit être administrée. . . . . 62
851. II. *Hypothèses dans lesquelles elle est admissible.* — Des hypothèses expressément prévues par la loi. . . . . 63
852. Des hypothèses qui doivent être certainement assimilées aux précédentes. . . . . 63
853. Peut-on se prévaloir de l'art. 46 en cas de simple omission ? . . . 65
854. *Quid* dans le même cas, en ce qui concerne spécialement le mariage ? . . . . . 67
855. Moyen de réparer l'omission par la procédure de la rectification. 68
856. Peut-on arriver au même résultat par une procédure dirigée contre l'officier de l'état civil lui-même ou ses héritiers ? . . 68
857. Peut-on se prévaloir de l'art. 46 en cas de constatation du fait dans un acte inscrit sur une simple feuille volante ? . . . . . 69
858. Peut-on s'en prévaloir lorsque la constatation régulière d'un décès est impossible ? . . . . . 70

(N°s) Pages

859. III. *Effets de la preuve administrée.* — Quelle est l'autorité de la décision judiciaire qui déclare le fait constant ?. . . . . 71
860. Quels sont les faits qu'elle doit faire réputer acquis ?. . . . . 72

§ VI. *Sanction des dispositions relatives à la rédaction des actes et aux registres.*

861. Ces règles ne sont pas nécessairement sanctionnées par la nullité de l'acte . . . . . 75
862. Des actes qui doivent être considérés comme inexistants. . . . . 76
862 *bis.* *Quid* des actes qui n'ont pas été signés par l'officier ? . . . . . 77
863. Force probante des actes inscrits sur une feuille volante . . . . . 77
864. Conséquences des irrégularités relatives à la signature des parties, déclarants ou témoins, et à la présence des témoins. . . 78
865. Défaut de force probante des actes en ce qui concerne les énonciations qui en sont absentes . . . . . 78
866. Responsabilité pénale des fonctionnaires chargés de l'accomplissement des formalités légales. *a)* A raison de contraventions. — Qui elle atteint . . . . . 79
867. Caractères de la pénalité et ses conséquences . . . . . 80
868. *b)* A raison de délits . . . . . 80
869. De la recherche et de la poursuite de ces infractions . . . . . 81
870. Responsabilité civile des fonctionnaires . . . . . 82
871. Des recours contre les jugements rendus en cette matière. . . . 82

§ VII. *Actes de l'état civil des Français en pays étranger et des étrangers en France.*

872. Application de la règle *locus regit actum* et de la compétence des agents diplomatiques ou consulaires . . . . . 82
873. 1er Cas : *Acte reçu en pays étranger suivant les formes du lieu :* règle . . . . . 83
874. Etendue de la compétence des autorités étrangères. . . . . 85
875. De la légalisation de l'acte . . . . . 85
876. De la communication des actes entre pays différents et de leur transcription . . . . . 85
877. 2e Cas : *Acte reçu en pays étranger par les agents diplomatiques ou consulaires* . . . . . 86
878. *1re Hypothèse :* Acte reçu à l'étranger par un agent français. . . 86
879-880 *bis.* Etendue de la compétence de cet agent . . . . . 87
881. Règles auxquelles il doit se conformer et force probante de ses actes . . . . . 89
882. De la communication de ces actes et de leur transcription . . . . 89
883. *2e Hypothèse :* Acte reçu en France par un agent étranger. . . . 90

## CHAPITRE II

### DES ACTES DE NAISSANCE

884. Délai des déclarations de naissance. . . . . 91
885. Des déclarations tardives . . . . . 92

(N°s) Pages
886. De la présentation de l'enfant . . . . . 93
887. Acte de naissance des enfants présentés sans vie. . . . . 94
888. De qui doit émaner la déclaration. Obligation du père. . . . . 94
889. Obligation des médecins, sages-femmes et autres personnes . . . 95
890. Sanction de ces obligations . . . . . 96
891. Du contenu de la déclaration . . . . . 97
892. De la rédaction et des énonciations de l'acte . . . . . 98
893. Prénoms de l'enfant . . . . . 98
894. Enonciation relative au nom des père et mère, quand l'enfant est légitime, adultérin ou incestueux, et au nom du père quand il est naturel . . . . . 99
895. Enonciation relative au nom de la mère naturelle; ce nom doit-il être déclaré par les comparants? . . . . . 99
896. S'ils refusent de le déclarer, sont-ils passibles des peines de l'art. 346 C. pén.? . . . . . 101
897. S'ils le déclarent sans y être tenus, doit-il être mentionné? . . . . 102
898. *Actes de naissance dressés dans des circonstances particulières.* 1er Cas. Enfants trouvés . . . . . 103
899. 2e Cas. Naissance pendant un voyage en mer . . . . . 104
900. Règles relatives à la rédaction de l'acte. . . . . 105
901. Règles relatives à sa conservation et à sa transcription . . . . . 106

## CHAPITRE III

### DES ACTES DE DÉCÈS

### § I. *Règles générales.*

902. I. De l'inhumation ou de l'incinération. Il n'y a pas de délai dans lequel elle doive être faite. . . . . 107
903. Mais elle ne peut être faite que 24 heures après le décès. Du permis d'inhumer . . . . . 108
904. Quand il peut être délivré. . . . . 109
905. Autorisation de procéder à la crémation . . . . . 110
906. De la liberté des funérailles. . . . . 110
907. II. De l'acte de décès. Quand il doit être dressé. . . . . 111
908. Constatation du décès . . . . . 111
909. Des comparants et témoins à l'acte . . . . . 112
910. A quelle époque doit être faite la déclaration . . . . . 113
911. De son contenu . . . . . 113
912. Enonciations de l'acte de décès. . . . . 113
913. Le jour et l'heure du décès doivent-ils être mentionnés? . . . . . 114
914. S'ils le sont, quelle est la force probante de cette énonciation? . . 116
915. Règle relative aux circonstances qui ont accompagné la mort. . 116

### § II. *Décès qui se produisent dans des circonstances particulières.*

916. I. Décès dans les hôpitaux civils, militaires ou autres établissements publics. . . . . 116

| (N°s) | | Pages |
|---|---|---|
| 917. | Autorité des registres tenus dans ces établissements | 118 |
| 918. | II. Cas où il y a des signes ou indices de mort violente | 118 |
| 919. | III. Cas d'exécution capitale | 119 |
| 920. | IV. Décès dans les prisons et maisons de réclusion ou de détention | 119 |
| 921. | Règles communes aux quatre précédentes hypothèses | 119 |
| 922. | V. Décès survenus pendant un voyage maritime. Compétence des officiers du bord | 120 |
| 923. | Cas où le décès ne peut être régulièrement constaté. Jurisprudence antérieure à la loi du 8 juin 1893 | 120 |
| 924. | Dispositions de cette loi. — 1er Cas : Chûte à l'eau | 121 |
| 925. | 2e Cas : Perte présumée du bâtiment ou disparition d'une partie de l'équipage ou des passagers. De la décision ministérielle déclarant la présomption de perte ou de disparition | 122 |
| 926. | De la constatation du décès par l'autorité judiciaire | 123 |
| 927. | Par qui elle peut être provoquée | 123 |
| 928. | Transcription du jugement | 124 |
| 929. | Ces règles sont applicables aux décès des militaires ou marins morts aux colonies, etc. | 125 |
| 930. | VI. Décès des ouvriers morts par accident dans les mines. Décret du 3 janvier 1813 | 125 |
| 931. | Autorité du procès-verbal dressé en ce cas | 126 |
| 932. | Les dispositions du décret de 1813 sont-elles applicables aux cas de ruine, incendie, éboulement, etc. ? | 127 |


## CHAPITRE IV

### ACTES DE L'ÉTAT CIVIL CONCERNANT LES MILITAIRES ET MARINS DANS CERTAINS CAS SPÉCIAUX


| | | |
|---|---|---|
| 933. | Motifs de la modification des règles du code civil par la loi du 8 juin 1893 | 128 |
| 934. | Application, en principe, à ces actes des règles du droit commun ; exception relative au délai des déclarations de naissance | 130 |
| 934 *bis*. | Dérogations qui sont apportées à ces règles. En faveur de quelles personnes | 130 |
| 935. | 1er Cas : Le corps militaire est hors de France. Compétence des officiers instrumentaires | 130 |
| 936. | 2e Cas : Le corps militaire est en France. Compétence de ces officiers | 132 |
| 937. | Tenue, conservation et inscription des actes ainsi reçus | 133 |


## CHAPITRE V

### RECTIFICATION DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL


| | | |
|---|---|---|
| 938. | Principe en matière de rectification | 135 |
| | I. *Cas dans lesquels il y a lieu à rectification.* | |
| 939. | 1° Erreurs, omissions, énonciations illégales. — Erreurs | 135 |

(Nos) Pages

940. Omissions. Spécialement de l'omission de la particule ou d'un nom de terre . . . . . 135
941. Enonciations illégales . . . . . 136
942. 2°, 3°, 4° et 5°. Autres cas où il y a lieu à rectification. . . . . 136

II. *De l'autorité compétente pour ordonner la rectification.*

943. L'autorité judiciaire est seule compétente. . . . . 137
944. Tribunal compétent; règle. . . . . 139
945. Exceptions à la règle. . . . . 140
946. De l'appel du jugement de rectification. . . . . 143

III. *Par qui la rectification peut être demandée.*

947. Des parties intéressées. . . . . 144
948. En principe, ce droit n'appartient pas au ministère public. . . . 144
949. Cas exceptionnels dans lesquels il lui appartient. . . . . 145
950. Quand peut-on dire que la rectification intéresse l'ordre public? 147
951. Droit d'appel du ministère public. . . . . 147
952. Cas dans lesquels la rectification est nécessairement provoquée par lui. . . . . 148

IV. *Procédure de la demande en rectification.*

953. Introduction de la demande; instruction. . . . . 148
954. Cette procédure est-elle applicable au cas où la demande soulève une question d'état? . . . . . 149

V. *Effets du jugement de rectification*

955. Autorité relative de la décision judiciaire. . . . . 151
956. Spécialement de l'autorité des décisions relatives au droit de porter un nom déterminé. . . . . 152
956 *bis*. De l'autorité des jugements qui ordonnent l'inscription d'un acte qui n'a pas été dressé dans les délais légaux. . . . . 154
957-958. Comment s'opère matériellement la rectification. . . . . 155

# TITRE III

## DU DOMICILE

## SECTION PREMIÈRE

### NOTIONS GÉNÉRALES

### § I. *Définitions.*

959. Définition du domicile. . . . . 157
960. Définition de la résidence. . . . . 158
961. Définition de l'habitation. . . . . 158
962. Distinction de ces trois choses. . . . . 158

### § II. *Différentes espèces de domicile.*

963. Domiciles politique, civil, d'assistance, pour la participation aux affouages . . . . . 159

(N°s) Pages

§ III. *Effets du domicile civil.*

964. Ses effets au point de vue du droit international privé . . . . . 160
965. Ses effets au point de vue du droit national . . . . . 161
966. De la compétence de l'autorité judiciaire en matière de domicile. 162
967. D'après quelle loi doivent être tranchés les conflits relatifs au domicile. . . . . 163

§ IV. *Diverses espèces de domicile civil.*

968. Distinction du domicile ordinaire, général ou réel, et du domicile spécial . . . . . 164

SECTION II

DU DOMICILE ORDINAIRE OU GÉNÉRAL

969. Distinction du domicile de droit et du domicile de fait . . . . . 164

§ I. *Du domicile de droit.*

970. Enumération des personnes auxquelles la loi impose ce domicile. 165

1° Fonctionnaires inamovibles.

971. Fondement de cette attribution de domicile . . . . . 165
972. A quelles conditions une fonction peut être considérée comme inamovible . . . . . 165
973. Est-il nécessaire à cet effet qu'elle oblige à résider à demeure ? 166
974. Faits d'où résulte l'acceptation de la fonction . . . . . 167
975. Il n'est pas nécessaire qu'elle soit accompagnée de la résidence. 167
976. Du domicile du fonctionnaire amovible. . . . . 168

2° Femme mariée.

977. Fondement de l'indivisibilité du domicile des époux. . . . . 169
978. Caractères de cette indivisibilité . . . . . 170
979. Elle cesse actuellement par la séparation de corps. . . . . 170
980. Du domicile de la femme pendant l'instance de séparation . . . . 172
981. La séparation de biens ne porte pas atteinte à cette indivisibilité. . . . . 172
982. Cette indivisibilité subsiste-t-elle lorsque le mari perd la nationalité française ?. . . . . 172
983. Cette indivisibilité subsiste-t-elle lorsque la femme est autorisée à faire le commerce ? . . . . . 173
984. Effets de cette autorisation quant au domicile commercial de la femme. . . . . 174
985. Effets de l'interdiction légale ou de l'absence du mari sur cette indivisilité . . . . . 175

3° Mineur non émancipé.

986. Distinction . . . . . 175
987. I. Enfants légitimes. — Domicile d'origine. . . . . 175
988. Domicile du mineur en tutelle . . . . . 176
989. II. Enfants naturels : 1° Domicile de l'enfant non reconnu . . . . 177

(N°s) Pages
990. 2° Domicile de l'enfant reconnu par l'un de ses auteurs . . . . . 177
991. 3° Domicile de l'enfant reconnu par ses deux auteurs dans un même acte . . . . . 178
992. Comment change le domicile du mineur . . . . . 178
993. Etendue des effets du domicile légal du mineur . . . . . 179
994. Effets de l'émancipation sur ce domicile . . . . . 179

4° Interdit.

995. Son domicile de droit . . . . . 180
996. Domicile des personnes munies d'un conseil judiciaire . . . . . 180
997. Domicile du mari interdit et placé sous la tutelle de sa femme . . 181
998. Domicile de la femme du mari interdit et placé sous la tutelle d'un étranger . . . . . 181
999. Domicile de la femme mariée interdite . . . . . 183
1000. Domicile des époux interdits tous les deux . . . . . 183

5° Personnes qui servent ou travaillent habituellement chez autrui.

1001. Domicile de ces personnes. Fondement de l'attribution légale. . 183
1002. Ses conditions : 1° elles doivent être capables de se choisir leur domicile . . . . . 184
1003. 2° Servir ou travailler habituellement chez autrui. . . . . 185
1004. 3° Demeurer avec la personne qui les emploie. . . . . 185
1005. Espèce particulière . . . . . 186

6° Déportés, transportés, et relégués.

1006. Domicile de ces condamnés pour l'exercice de certains de leurs droits . . . . . 186
1007. Il n'y a pas de domicile légal en dehors des cas prévus par la loi . . . . . 187
1008. Quand cesse le domicile imposé par la loi . . . . . 188

## § II. *Domicile de fait.*

1009. Principe de la liberté du choix du domicile . . . . . 189
1010. Peut-on n'avoir aucun domicile? . . . . . 190
1011. Conséquences du fait que le domicile d'une personne est connu ou inconnu . . . . . 193
1012. Conséquences du principe que toute personne a un domicile. Domicile des personnes morales . . . . . 194
1013. Peut-on avoir plusieurs domiciles généraux? . . . . . 194
1014. Du cas où une personne a plusieurs établissements de même importance . . . . . 195
1015. Le principe de l'unité du domicile s'applique-t-il aux personnes morales? . . . . . 196
1016. A quelles conditions une personne civile peut être réputée domiciliée dans ses établissements secondaires . . . . . 199
1017. Situation particulière des déportés, transportés, et relégués . . . 200
1018. En quel lieu est le domicile de chaque personne . . . . . 200
1019. Le domicile du Français doit-il être nécessairement en France? 201
1020. Un étranger peut-il être domicilié en France? . . . . . 202

| (N°°) | | Pages |
|---|---|---|
| 1021. | Intérêt pratique de la question | 204 |
| 1022. | Du changement de domicile | 206 |
| 1023. | A quelles conditions il s'opère | 206 |
| 1024. | Preuve de l'accomplissement de la condition de fait | 208 |
| 1025. | Preuve de l'intention : mode de manifestation expresse | 208 |
| 1026. | Faits d'où s'induit la manifestation tacite de cette intention | 209 |
| 1027. | Pouvoir d'appréciation du juge | 210 |
| 1028. | Cas où l'intention est douteuse. Domicile apparent | 210 |
| 1029. | Le transfert du domicile s'accomplit, si courte que soit la résidence | 211 |
| 1029 *bis*. | Il s'accomplit quoiqu'il ne soit pas fixé en un lieu à perpétuelle demeure | 211 |
| 1030. | Effets de ce transfert | 212 |


## SECTION II

### DU DOMICILE SPÉCIAL ET EN PARTICULIER DU DOMICILE D'ÉLECTION


| | | |
|---|---|---|
| 1031. | Définition et diverses sortes de domicile spécial | 212 |
| 1032. | De l'élection de domicile en général | 212 |
| 1033. | Election de domicile imposée par la loi | 213 |
| 1034. | Election de domicile volontaire. Observation générale quant à la liberté des parties | 213 |
| 1035. | Par qui l'élection peut être faite | 213 |
| 1036. | En quel lieu | 213 |
| 1037. | A quel moment | 214 |
| 1038. | Peut-elle être verbale ? | 214 |
| 1039. | Peut-elle être tacite ? | 215 |
| 1040. | L'indication d'un lieu de paiement emporte-t-elle élection de domicile ? | 217 |
| 1041. | A quel moment le mandat d'élire domicile emporte élection | 217 |
| 1042. | Effets de l'élection de domicile. 1° En ce qui concerne les significations | 217 |
| 1043. | Spécialement de la signification des jugements ordonnant l'exécution de la convention | 218 |
| 1044. | Spécialement de la signification des actes de transport d'une obligation | 219 |
| 1045. | Spécialement des significations d'actes ayant pour objet l'annulation, la rescision ou la résolution d'une convention | 219 |
| 1046. | 2° En ce qui concerne la compétence | 220 |
| 1047. | L'élection de domicile reste étrangère à l'exécution volontaire de la convention | 220 |
| 1048. | De la renonciation aux effets de cette élection | 221 |
| 1049. | Du transfert du domicile élu | 221 |
| 1050. | Evénements qui restent sans influence sur l'élection de domicile. | 222 |
| 1051. | Des effets de cette élection en ce qui concerne la personne chez laquelle le domicile est élu | 222 |
| 1052. | De l'extinction du mandat conféré à cette personne | 222 |
| 1053. | Conséquences de cette extinction | 223 |
| 1054. | Des modalités possibles de l'élection de domicile | 223 |

(Nos) Pages

# TITRE IV

## DE L'ARSENCE

### INTRODUCTION : NOTIONS GÉNÉRALES

1055. Définition de l'absence . . . . . 225
1056. Distinction de la non-présence, de la présomption et de la déclaration d'absence . . . . . 225
1057. Des effets de la non-présence . . . . . 226
1058. Du problème législatif posé par l'absence d'une personne. . . . . 227
1059. Théorie de l'absence dans l'ancien droit . . . . . 227
1060. Aperçu général de la théorie actuelle de l'absence. . . . . 229
1061. L'absent est-il présumé mort ou vivant à aucune époque de l'absence ? . . . . . 230
1062. Du point initial de l'absence. . . . . 232
1063. Pourquoi cette théorie a perdu une partie de son intérêt. Division du sujet . . . . . 233

## PREMIÈRE PARTIE

### DE L'ABSENCE QUANT AUX BIENS

1064. Division de cette partie . . . . . 234

## CHAPITRE PREMIER

### DE L'ABSENCE QUANT AUX BIENS DÉLAISSÉS PAR L'ABSENT

### SECTION PREMIÈRE

#### DE LA PRÉSOMPTION D'ABSENCE

1065. Ce qui constitue la présomption d'absence . . . . . 234
1066. Effets de la présomption d'absence lorsque l'absent a un mandataire. . . . . 235
1067. Effets de la présomption d'absence lorsqu'il est nécessaire de pourvoir à ses intérêts, malgré l'existence d'un mandat. . . . 235
1068. Des mesures qui peuvent être ordonnées par la justice . . . . . 236
1069. Du curateur aux biens de l'absent . . . . . 237
1070. De la représentation du présumé absent dans les inventaires, comptes, liquidations et partages où il est intéressé . . . . . 237
1071. Pouvoirs du notaire . . . . . 238
1072. Distinction de ce notaire et du notaire représentant un non-présent. . . . . 240
1073. A quelles conditions on est admis à provoquer ces mesures : il faut un intérêt pécuniaire . . . . . 240
1074. Cet intérêt peut-il être futur et éventuel ? . . . . . 241
1075. Enumération des différentes personnes intéressées . . . . . 242
1076. Action du ministère public . . . . . 243
1077. Son rôle véritable . . . . . 244
1078. Du tribunal compétent pour ordonner ces mesures . . . . . 244
1079. Procédure. . . . . 247

(Nos) Pages
1080. Des frais des mesures ordonnées par la justice . . . . . 247
1081. La justice ne peut-elle pas, en dehors des cas prévus par la loi, intervenir dans l'intérêt des non-présents? . . . . . 247
1082. De la protection des intérêts des Français à l'étranger . . . . . 250
1083. Comment finit la présomption d'absence. . . . . 250

SECTION II

DE LA DÉCLARATION D'ABSENCE

§ I. *Des conditions auxquelles elle intervient.*

1084. Nécessité de cette déclaration . . . . . 250

I. *Tribunal compétent pour la déclaration.*

1085. Quel est ce tribunal . . . . . 251

II. *Epoque à laquelle la déclaration peut intervenir.*

1086. Délai quand l'absent n'a pas laissé de procuration. . . . . 251
1087. Délai quand il en a laissé une. . . . . 252
1088. Cette procuration doit-elle être générale? . . . . . 252
1089. *Quid,* si elle vient à cesser par une cause étrangère à la volonté de l'absent? . . . . . 254
1090. *Quid,* si elle cesse par l'expiration du terme que l'absent lui a assigné? . . . . . 254
1091. *Quid,* lorsque sa durée est supérieure à dix ans ou indéterminée? 255
1092. Point de départ des différents délais . . . . . 256

III. *Personnes qui peuvent provoquer la déclaration d'absence.*

1093. Des parties intéressées qui peuvent la provoquer : règle. . . . . 257
1094. Applications . . . . . 258

IV. *Procédure.*

1095. Introduction de la demande. . . . . 259
1096. Nécessité d'une enquête préalable à la déclaration. . . . . 260
1097. Où et comment elle se fait. . . . . 260
1098. Pouvoirs d'appréciation du juge . . . . . 261
1099. Délai après lequel peut être rendu le jugement déclaratif de l'absence . . . . . 262
1100. Publicité des différents jugements . . . . . 262

§ II. *Des effets de la déclaration d'absence.*

1100 *bis.* Effets généraux de cette déclaration . . . . . 263

I. *De l'envoi en possession provisoire.*

N° 1. SES CARACTÈRES.

1101. Objet et caractère de cet envoi. . . . . 263
1102. Dans quel intérêt est principalement organisé cet envoi . . . . . 265

N° 2. A QUELLE ÉPOQUE ET COMMENT IL PEUT ÊTRE DEMANDÉ

1103. Quand et comment il peut être demandé. . . . . 267

(N°s) Pages

1104. Le tribunal doit-il ordonner une enquête nouvelle ? . . . . . 267

N° 3. PERSONNES QUI PEUVENT LE DEMANDER

1105. Règle . . . . . 268
1106. Applications. Il peut être demandé : 1° par les héritiers présomptifs de l'absent. . . . . 268
1107. A leur défaut, par les héritiers plus éloignés. . . . . 269
1108. 2°, 3° et 4° Par les légataires, donataires de biens à venir et toutes autres personnes ayant des droits subordonnés au décès de l'absent. . . . . 270
1109. L'inaction des héritiers présomptifs fait-elle obstacle à l'exercice des droits des autres personnes ? . . . . . 270
1110. L'envoi peut-il être demandé par les créanciers des personnes qui y ont droit ? . . . . . 272

N° 4. DES BIENS AUXQUELS S'APPLIQUE L'ENVOI EN POSSESSION PROVISOIRE

1111. Biens auxquels il s'applique . . . . . 274
1112. A qui doivent être attribués les fruits perçus jusqu'à l'envoi en possession . . . . . 275

N° 5. GARANTIES DE RESTITUTION ÉTABLIES AU PROFIT DE L'ABSENT

1113. Enumération de ces garanties . . . . . 277
1114. 1° *Caution*. Ses caractères. . . . . 277
1115. *Quid*, si les envoyés ne fournissent ni caution, ni sûretés équivalentes ?. . . . . 278
1116. 2° *Inventaire* . . . . . 279
1117. 3° *Vente du mobilier*. . . . . 279
1118. 4° *Emploi* du prix provenant de la vente du mobilier et des fruits échus. . . . . 280
1119. Etat des immeubles. . . . . 280
1120. Qui supporte les frais de la déclaration d'absence et de l'envoi. 281

N° 6. EFFETS DE L'ENVOI EN POSSESSION PROVISOIRE

1121. Division. . . . . 282

1. *Rapports des envoyés en possession avec l'absent.*

1122. Observation. . . . . 283
1123. Les envoyés sont chargés de l'administration. Différences entre l'envoi et le dépôt . . . . . 283
1124. Pouvoirs généraux des envoyés. . . . . 284
1125. Leurs pouvoirs : 1° Pour les actes conservatoires . . . . . 284
1126. 2° Pour les baux . . . . . 284
1127. 3° Pour la réception des capitaux . . . . . 285
1128. 4° Pour l'emploi des sommes . . . . . 285
1129. 5° Pour les obligations . . . . . 286
1130. 6° Pour défendre aux actions et pour les intenter . . . . . 286
1131. De la communication au ministère public des causes intéressant les absents . . . . . 288
1132. Cas où l'absent n'est pas représenté en justice par les envoyés. 288

| (Nos) | | Pages |
|---|---|---|
| 1133. | Des actes interdits aux envoyés : 1° Aliénations immobilières et constitutions d'hypothèques | 288 |
| 1134. | Peuvent-ils aliéner les meubles ? | 289 |
| 1135. | Peuvent-ils convertir les titres nominatifs en titres au porteur ? | 291 |
| 1136. | 2° Transactions et compromis | 291 |
| 1137. | 3° Acceptation ou répudiation des successions et des legs | 292 |
| 1138. | Conséquences des actes accomplis par les envoyés par rapport à l'absent | 292 |
| 1139. | Responsabilité des envoyés | 292 |
| 1140. | Comment ils peuvent faire les actes qui excèdent leurs pouvoir | 293 |
| 1141. | De l'acquisition des fruits par les envoyés : son fondement | 295 |
| 1142. | Observation générale sur cette acquisition | 296 |
| 1143. | Acquisition des fruits : 1° Lorsque l'absent reparaît avant 15 ans. | 296 |
| 1144. | 2° Lorsqu'il reparaît après 15 ans | 296 |
| 1145. | 3° Lorsqu'il reparaît après 30 ans d'absence | 296 |
| 1146. | Quel est le point de départ de ces trente ans ? | 297 |
| 1147. | L'acquisition des fruits a lieu proportionnellement à la durée de l'absence | 298 |
| 1148. | Elle n'a lieu qu'en ce qui concerne les fruits perçus depuis l'envoi | 298 |
| 1149. | Elle n'a lieu qu'en ce qui concerne les revenus nets | 299 |
| 1150. | Faut-il que les fruits aient été effectivement perçus pour être acquis aux envoyés ? | 299 |
| | 2. *Rapport des envoyés en possession entre eux.* | |
| 1151. | Nature générale de ces rapports | 301 |
| 1152. | Peuvent-ils procéder à un partage de propriété ? | 301 |
| 1153. | Peuvent-ils procéder à un partage de jouissance ? | 303 |
| 1154. | Peuvent-ils procéder à un partage d'administration ? | 304 |
| 1155. | Peuvent-ils faire des conventions autres que celles qui touchent à l'administration ? | 304 |
| 1156. | Le peuvent-ils pendant la présomption d'absence ? | 305 |
| 1157. | Peuvent-ils exercer le retrait successoral ? | 305 |
| 1158. | Peuvent-ils se demander respectivement le rapport ? | 306 |
| | 3. *Rapports des envoyés avec les tiers.* | |
| 1159. | Nature générale de ces rapports | 307 |
| 1160. | Paiement des droits de mutation | 308 |
| 1161. | Paiement des dettes de l'absent | 309 |
| 1162. | Cession par acte entre vifs des droits que confère l'envoi | 310 |
| 1163. | Situation des créanciers personnels des envoyés | 310 |
| 1164. | Les envoyés peuvent-ils demander la nullité des aliénations ou des constitutions d'hypothèques qu'ils ont consenties ? | 311 |
| 1165. | *Quid* de l'acquéreur ? | 312 |
| 1166. | Comment se règle la prescription des actions de l'absent | 312 |
| 1167. | Les envoyés peuvent-ils demander la réduction des donations entre vifs excédant la quotité disponible ? | 313 |
| 1168. | L'exercice d'autres droits contre les tiers est-il possible ? | 315 |
| 1169. | Situation des créanciers personnels de l'absent | 316 |

(Nos) Pages

1170. Conséquences de l'absence quant à la société dont l'absent était membre . . . . . 317
1171. Exercice des droits subordonnés au décès de l'absent sur le patrimoine d'une tierce personne . . . . . 317

N° 7. Événements qui mettent fin a l'envoi provisoire

1172. Fin de l'envoi : 1° et 2° : par le retour de l'absent et la réception de ses nouvelles . . . . . 317
1173. Quelle doit être la date de ces nouvelles pour que l'envoi finisse ? . . . . . 318
1174. 3° Par la preuve du décès . . . . . 320
1175. Rapports, en ce cas, des envoyés avec les véritables héritiers : exercice de l'action en pétition d'hérédité . . . . . 320
1176. Etendue des droits de ces héritiers contre les envoyés . . . . . 321
1177. Comment doit être apprécié le sort des actes des envoyés . . . . 322
1178. Prescription de l'action qui appartient aux héritiers . . . . . 322
1179. Cette prescription est-elle la même lorsque l'action appartient aux descendants de l'absent ? . . . . . 323
1180. Rapports des héritiers avec les personnes ayant exercé des droits subordonnés au décès de l'absent . . . . . 324
1181. 4° Par l'envoi en possession définitif. L'envoi peut-il cesser par la volonté des envoyés ? . . . . . 325

II. *Effets de l'absence quant aux conventions matrimoniales de l'absent.*

1182. De l'option accordée au conjoint présent marié sous le régime de la communauté . . . . . 325
1183. Fondement de la faveur qui lui est faite . . . . . 326
1184. Elle ne lui appartient pas sous les autres régimes . . . . . 326
1185. Mais elle lui appartient dans tous les cas où il y a communauté. 327
1186. A quel moment ce droit d'option doit être exercé . . . . . 327
1187. En quelle forme . . . . . 328

1er Cas. *Option de l'époux présent pour la dissolution provisoire de la communauté.*

1188. Conséquences de cette option . . . . . 328
1189. De la caution due par l'époux présent . . . . . 329
1190. Le mari doit-il caution pour sa portion des biens communs ? . . . 330
1191. L'époux présent doit-il faire inventaire ? . . . . . 332
1192. Pouvoirs de l'époux présent quant aux biens qui lui sont attribués . . . . . 332
1193. De l'acquisition des fruits par cet époux . . . . . 333

2me Cas. *Option de l'époux présent pour la continuation provisoire de la communauté.*

1194. Effets de cette option : 1° elle empêche l'envoi provisoire . . . . 334
1195. 2° Elle autorise l'époux présent à prendre ou conserver l'administration des biens de l'absent . . . . . 335
1196. Pouvoirs de l'époux présent : règle générale . . . . . 336
1197. Applications : 1° pouvoirs de la femme quant aux biens dont elle prend l'administration . . . . . 336

(Nos) Pages
1198. 2° Pouvoirs du mari quant aux biens dont il prend l'administration . . . . . 337
1199. 3° Pouvoirs du mari sur les biens communs . . . . . 337
1200. Conséquences des actes faits sur ces biens par le mari . . . . . 338
1201. 4° Pouvoirs du mari sur les biens de la femme dont il conserve l'administration . . . . . 339
1202. De l'assimilation de l'époux administrateur légal aux envoyés quant aux fruits . . . . . 339
1203. Conserve-t-il le profit exclusif de ces fruits ? Distinction . . . . . 440
1204. *1re Hypothèse.* L'absent reparaît ou donne de ses nouvelles . . . 340
1205. *2e Hypothèse.* Son décès est prouvé . . . . . 341
1206. *3e Hypothèse.* La communauté est dissoute par l'envoi définitif, la mort de l'époux présent ou sa renonciation à la continuation de la communauté . . . . . 342
1207. Des fruits produits avant le commencement de l'administration légale . . . . . 342
1208. Obligation, pour l'époux présent, de faire inventaire . . . . . 342
1209. Doit-il fournir caution ? . . . . . 343
1210. Le juge peut-il ordonner la vente du mobilier ? . . . . . 344
1211. La femme qui a opté pour la continuation de la communauté conserve le droit de renoncer à cette communauté . . . . . 345
1212. Fin de la continuation de communauté. . . . . 346
1213. A quelle époque la communauté doit être considérée comme dissoute . . . . . 347
1214. Une décision judiciaire ne peut-elle pas mettre fin à l'administration légale ? . . . . . 349

III. *De l'envoi en possession définitif.*

1215. Caractère général de cet envoi . . . . . 350

N° 1. A QUELLE ÉPOQUE ET PAR QUI IL PEUT ÊTRE DEMANDÉ

1216. Il peut l'être : 1° Après trente ans depuis l'envoi provisoire ou le commencement de l'administration légale . . . . . 350
1217. 2° Après cent ans depuis la naissance de l'absent . . . . . 352
1218. Par qui il peut être demandé . . . . . 352
1219. Tribunal compétent et procédure . . . . . 352
1220. De la décharge de plein droit des cautions. . . . . 353
1221. Cette décharge a lieu à la fois pour le passé et l'avenir . . . . . 353

N° 2. EFFETS DE L'ENVOI DÉFINITIF

1222. Effets généraux de cet envoi . . . . . 354
1222 *bis.* Ses caractères et les pouvoirs généraux des envoyés . . . . . 354

1. *Rapports des envoyés entre eux.*

1223. Comment s'opère le partage des biens de l'absent . . . . . 356

2. *Rapports des envoyés avec les tiers.*

1224. Les envoyés peuvent demander la liquidation et le partage de la communauté . . . . . 356

(N°°) Pages

1225. Ils peuvent demander la réduction des donations entre vifs excédant la quotité disponible . . . . . 357
1226. Ils peuvent réclamer en certains cas les biens aliénés par l'absent 357
1227. Comment ils sont tenus des dettes de l'absent . . . . . 357
1228. Ils peuvent faire toutes sortes d'actes de disposition. . . . . 358

3. *Rapports des envoyés avec l'absent.*

1229. Principe en ce qui concerne les droits de l'absent. . . . . 358
1230. Applications : 1° relativement aux biens qui se retrouvent en nature. . . . . 359
1231. Les envoyés répondent-ils des dégradations commises pendant l'envoi provisoire ?. . . . . 360
1232. Condition à laquelle les envoyés sont affranchis de toute responsabilité . . . . . 360
1233. Les envoyés ont-ils droit au remboursement de leurs impenses ? 361
1234. Cas particulier où les envoyés ont à la fois dégradé et amélioré les biens . . . . . 362
1235. 2° Quant aux biens aliénés à titre onéreux : règle. — *a.* Droit de l'absent au prix encore dû. . . . . 362
1236. *b.* Droit au remboursement du prix déjà payé. . . . . 363
1237. *c.* Droit au bien acquis en échange d'un bien de l'absent . . . . . 364
1238. *d.* Droit au bien acquis en emploi ou remploi . . . . . 364
1239. *e.* Droit aux actions appartenant aux envoyés . . . . . 365
1240. Observation. . . . . 365
1241. 3° Quant aux biens aliénés à titre gratuit. . . . . 365
1242. L'envoi ne peut-il pas exposer les envoyés à des pertes ? . . . . . 366

N° 3. ÉVÉNEMENTS QUI METTENT FIN A L'ENVOI DÉFINITIF ET A L'ABSENCE

1243. 1° et 2° : Retour de l'absent et preuve acquise de son existence . 367
1244. La restitution de ses biens peut-elle être imposée par les envoyés à l'absent de retour ?. . . . . 367
1245. 3° Preuve acquise du décès de l'absent. . . . . 368
1246. L'art. 130 est-il applicable aussi bien à la pétition d'hérédité formée après l'envoi définitif qu'à celle qui l'est après l'envoi provisoire ?. . . . . 368
1247-1248. De la prescription de la pétition d'hérédité . . . . . 370

IV. *Action en pétition d'hérédité utile.*

1249. Dans quels cas s'exerce cette action . . . . . 371
1250. Comment elle s'exerce. . . . . 372
1251. . . Prescription de cette action. — Son point de départ : 1° Quand l'action est intentée par d'autres que les descendants de l'absent . . . . . 372
1252. 2° Quand elle est intentée par ses descendants. . . . . 374
1253. Est-ce une prescription véritable ? . . . . . 374
1254. Etendue de la restitution à laquelle ont droit ceux qui exercent l'action : distinction . . . . . 376
1255. Son étendue : 1° quand elle est intentée pendant l'envoi provisoire 376
1256. 2° quand elle est intentée pendant l'envoi définitif. . . . . 378

(Nos Pages

## CHAPITRE II

### DE L'ABSENCE QUANT AUX DROITS ÉVENTUELS QUI PEUVENT COMPÉTER A L'ABSENT

1257. Principe. . . . . 378
1258. Il s'applique même en cas de présomption d'absence. . . . . 379
1259. Mais il faut qu'il y ait incertitude véritable sur l'existence du titulaire du droit . . . . . 380
1260. Il s'applique à tous les droits éventuels. . . . . 381
1261. Ce que devient le droit qui ne peut profiter à l'absent : règle . . . 381
1262. Applications. . . . . 382
1263. Le droit ne peut en aucun cas profiter à l'absent. . . . . 383
1264. Du cas où l'existence de l'absent est reconnue par les intéressés. 383
1265. Conséquence particulière du principe. . . . . 384
1266. A quel titre est recueilli le droit éventuel par les intéressés, au défaut de l'absent. . . . . 384
1267. Il ne leur est imposé de garantie d'aucune sorte. . . . . 385
1268. Leurs droits sur les biens ainsi recueillis. . . . . 386
1269. Révocabilité de ces droits. — Prescription de l'action de l'absent. 386
1270. De l'acquisition des fruits produits par les biens . . . . . 387
1271. Renvoi . . . . . 388

## SECONDE PARTIE

### DE L'ABSENCE QUANT AUX RELATIONS DE FAMILLE DE L'ABSENT

## CHAPITRE PREMIER

### DES EFFETS DE L'ABSENCE RELATIVEMENT AU MARIAGE

1272. L'absence ne dissout pas le mariage . . . . . 389
1273. Mais le nouveau mariage contracté par le conjoint de l'absent ne peut être annulé tant que l'existence de celui-ci n'est pas prouvée . . . . . 389
1274. Peu importe à cet égard qu'il y ait présomption ou déclaration d'absence . . . . . 390
1275. Tant qu'il n'est pas annulé, le nouveau mariage produit tous ses effets. . . . . 391
1276. A la requête de qui peut-il être annulé, lorsque l'absence a cessé? 392
1277. Il peut l'être à la requête de l'absent ou de son fondé de procuration spéciale. . . . . 392
1278. Le mandataire doit être de plus muni de la preuve de l'existence de l'absent . . . . . 392
1279. Le mariage peut-il être annulé à la requête d'une autre personne que l'absent? 1er Système : Négative. . . . . 393
1279 *bis*. Critique de ce système. . . . . 394
1280. 2e Système : Affirmative et distinction entre les différents intérêts qui servent de fondement à l'action, ainsi qu'entre les périodes de l'absence . . . . . 395

(Nos) Pages

1281. 3e Système : Affirmative et distinction suivant que l'absent est ou non de retour sur les lieux . . . . . 396
1282. Critique des deux systèmes précédents . . . . . 396
1283. 4e Système : Affirmative et distinction suivant que l'absence a ou non cessé . . . . . 397
1284. Persistance de l'obligation alimentaire entre époux dont l'un est absent . . . . . 400
1285. Effets de l'absence sur l'incapacité de la femme mariée . . . . . 400
1286. Effets de l'absence sur la légitimité des enfants nés après la disparition du mari de leur mère . . . . . 401

## CHAPITRE II

### EFFETS DE L'ABSENCE RELATIVEMENT A LA SITUATION DES ENFANTS DE L'ABSENT

1287. Distinction entre les périodes de l'absence . . . . . 403

1. *Effets de la présomption d'absence.*

1288. Distinction entre les enfants . . . . . 403

1. Enfants issus du mariage.

1289. Distinction entre la disparition du père et celle de la mère . . . . 403

1° Disparition du père.

1290. 1re *Hypothèse :* Disparition du père, la mère étant présente. Exercice, par la mère, de la puissance paternelle . . . . . 403
1291. Comment elle l'exerce : Droit de correction . . . . . 404
1292. Droit d'administration . . . . . 405
1293. A-t-elle le droit de jouissance légale ? . . . . . 405
1294. 2e *Hypothèse :* Disparition du père, la mère étant déjà décédée. Comment est organisée la surveillance des enfants . . . . . 407
1295. Cette surveillance est-elle une tutelle ? . . . . . 408
1296. Comment elle est déférée aux ascendants . . . . . 409
1297. 3e *Hypothèse :* Disparition du père, suivie du décès de la mère . . 410
1298. Assimilation aux deux précédentes hypothèses du cas de disparition simultanée ou successive des deux parents . . . . . 410

2° Disparition de la mère.

1299. 1re *Hypothèse :* Disparition de la mère, le père étant présent . . . 410
1300. 2e *et* 3e *Hypothèses :* Disparition de la mère, précédée ou suivie du décès du père . . . . . 411

2. Enfants issus d'un précédent mariage.

1301. Organisation de la tutelle provisoire . . . . . 411
1302. Toutes ces règles supposent que les parents exerçaient la puissance paternelle ou l'autorité tutélaire . . . . . 411

3. Enfants naturels de l'absent.

1303. Comment est organisée leur protection . . . . . 412

(N°s) Pages

1304. Toutes ces règles ne sont applicables qu'aux mineurs non émancipés. . . . . 413

II. *Effets de la déclaration d'absence.*

1305. Les règles précédentes sont-elles applicables lorsque l'absence est déclarée ? . . . . . 413
1306. Organisation provisoire de la tutelle ordinaire. . . . . 414

APPENDICE I

ABSENCE DES MILITAIRES

1307. Lois spéciales dont l'intérêt n'a pas survécu aux circonstances dont elles sont nées : lois du 6 brumaire an V, du 21 décembre 1814, du 13 janvier 1817, des 9-12 août 1871. . . . . 415
1308. Lois spéciales plus particulièrement intéressantes : lois du 11 ventôse an II et du 16 fructidor an II. . . . . 416
1309. A quelles personnes elles s'appliquent. . . . . 417
1310. Leur objet : elles ne dérogent pas au droit commun quant aux biens laissés par le militaire ou aux successions à lui échues avant son départ. . . . . 417
1311. Elles prévoient le cas où la succession lui est échue après son départ. Leurs dispositions. . . . . 418
1312. Elles sont certainement applicables au cas où l'existence du militaire n'est pas douteuse. . . . . 418
1313. Le sont-elles lorsque son existence est incertaine ? . . . . . 418
1314. Le sont-elles lorsque l'absence a été déclarée ? . . . . . 420
1315. Sont-elles applicables à tous les droits éventuels qui peuvent compéter à un militaire ? . . . . . 421
1316. Constatation du décès des militaires disparus dans certaines circonstances : renvoi. . . . . 421

APPENDICE II

CONFLITS DES LOIS RELATIVES A L'ABSENCE

1317. Origine de ces conflits. . . . . 421
1318. Comment ils doivent être résolus. 1er Système : application de la loi nationale de l'absent . . . . . 422
1319. 2e et 3e Systèmes : application, pour les immeubles, du lieu de leur situation, et pour les meubles, de la loi nationale de leur propriétaire ou de la loi de son domicile. . . . . 423
1320. Mesure dans laquelle les règles relatives à l'absence sont d'ordre public international. . . . . 424
1321. Applications : 1° Loi applicable aux biens pendant la présomption d'absence. . . . . 424
1322. 2° Loi applicable à la nature de la constatation de l'absence. . . . . 425
1323. 3° Effets extraterritoriaux de cette constatation. 425
1324. 4° Loi applicable aux conditions auxquelles l'absence est constatée. . . . . 426
1325. 5° Loi applicable aux effets de cette constatation. 426

# TABLE

## DES TEXTES DE LOIS

### EXPLIQUÉS DANS LE TOME II

### I. CODE CIVIL


| Articles | Numéros | Articles | Numéros |
|---|---|---|---|
| 34 | 822. | 78 | 907 à 910. |
| 35 | 819 à 821. | 79 | 911 à 914. |
| 36 | 808. | 80 | 916 et 917. |
| 37 | 811 à 818. | 81 | 918, 921, 930. |
| 38 | 810, 824. | 82 | 918, 921. |
| 39 | 825. | 83 | 919, 921. |
| 40 | 828 et 829. | 84 | 920, 921. |
| 41 | 831. | 85 | 915, 918. |
| 42 | 823, 826. | 86 | 922. |
| 43 | 829, 832. | 87 | 924. |
| 44 | 833. | 88 | 924, 925. |
| 45 | 835 à 846. | 89 | 929. |
| 46 | 847 à 860, 873. | 90 | 926, 927. |
| 47 | 873 à 876. | 91 | 927. |
| 48 | 878 à 883. | 92 | 928. |
| 49 | 834. | 93 | 934 à 936. |
| 50 | 824, 866 et 867. | 94 | 937. |
| 51 | 870. | 95 | 937. |
| 52 | 828, 863, 870. | 96 | 937. |
| 53 | 835, 869. | 97 | T. II, 1611. |
| 54 | 871. | 98 | T. IV. |
| 55 | 884 à 887. | 99 | 943 à 954. |
| 56 | 888 à 892. | 100 | 955, 956, 956 *bis*. |
| 57 | 891, 892 à 897. | 101 | 957, 958. |
| 58 | 898. | 102 | 963, 1013, 1018 à 1022. |
| 59 | 900. | 103 | 962, 1009, 1010, 1813, 1023 à 1030. |
| 60 | 901. | 104 | 1024 à 1028. |
| 61 | 901. | 105 | 1024 à 1028. |
| ... | | 106 | 972, 976. |
| 77 | 903 à 906. | | |

| Articles. | Numéros |
|---|---|
| 107 | 971 à 975, 1008. |
| 108 | 977 à 1000, 1002, 1008. |
| 109 | 1001 à 1005, 1008. |
| 110 | 965. |
| 111 | 1032 à 1054. |
| 112 | 1065 à 1069, 1073 à 1083, 1111, 1264, 1294, 1303, 1310. |
| 113 | 1070 à 1072, 1258, 1310. |
| 114 | 1076 et 1077. |
| 115 | 1085, 1086, 1092, 1093 et 1094. |
| 116 | 1094, 1096, 1097. |
| 117 | 1091, 1098. |
| 118 | 1100. |
| 119 | 1096, 1099. |
| 120 | 1088, 1092, 1103 et 1104, 1105 à 1115, 1167 et 1168. |
| 121 | 1087, 1088, 1092, 1103 et 1104. |
| 122 | 1089 à 1091. |
| 123 | 1105, 1108 à 1115. |
| 124 | 1182 à 1214, 1224. |
| 125 | 1102, 1123 à 1129, 1138 à 1140, 1151 à 1171. |
| 126 | 1112, 1113, 1116 à 1120, 1134, 1191, 1208, 1210. |
| 127 | 1069, 1102, 1115, 1141 à 1150, 1172, 1176, 1180, 1193, 1202 à 1207, 1255. |
| 128 | 1133 à 1137, 1164 et 1165. |
| 129 | 1152, 1153, 1215 à 1227. |
| 130 | 1174 à 1180, 1245 à 1248. |
| 131 | 1172 et 1173. |
| 132 | 1179, 1228 à 1242, 1244, 1245. |
| 133 | 1179, 1247, 1251, 1252 à 1256. |
| 134 | 1130 à 1132. |
| 135 | 1111, 1257 à 1360, 1265 à 1268, 1313. |
| 136 | 1261 à 1265, 1266 à 1268, 1313. |
| 137 | 1269. |
| 138 | 1270. |
| 139 | 1272 à 1286. |
| 140 | 1106. |
| 141 | 1290 à 1292, 1299, 1302, 1304, 1305, 1306. |
| 142 | 1294 à 1298, 1300, 1302, 1303, 1304, 1305, 1306. |
| 143 | 1301, 1302, 1304, 1405, 1306. |

## II. CODE DE PROCÉDURE CIVILE

| Articles. | Numéros |
|---|---|
| 59 | 1010, 1012, 1048. |
| 69 | 1010, 1012, 1015, 1019, 1054 |
| 83 | 953, 1076, 1131. |
| 147 | 1040. |
| 156 | 1040. |
| 214 s. | 839. |
| 256 | 1097. |
| 258 | 1097. |
| 283 | 1097. |
| 420 | 1040. |
| 426 | 966. |
| 443 | 1040. |
| 474 | 1136. |
| 505 s. | 1138. |
| 585 | 1114. |
| 853 | 835. |
| 855 s. | 953, 957. |
| 859 s. | 946, 953, 957, 1095, 1103. |
| 905 | 1079, 1095, 1219. |
| 909 s. | 1056, 1059, 1267. |
| 928 s. | 1056, 1072, 1259, 1267. |
| 942 s. | 1056, 1072, 1259, 1267. |
| 1033 | 1056, 1072, 1136, 1259, 1268. |

## III. CODE DE COMMERCE

| Article. | Numéro |
|---|---|
| 42 | 2015. |
| 420 | 1040. |

## IV. CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE


| Articles. | Numéros | Articles. | Numéros |
|---|---|---|---|
| 22 | 869. | 636 | 867. |
| 44 | 918. | 638 | 867. |
| 378 | 919. | | |


## V. CODE PÉNAL


| Articles | Numéros | Articles | Numéros |
|---|---|---|---|
| 145 s | 824, 844, 845, 868. | 347 | 898. |
| 192 s | 828, 868. | 358 | 903, 918. |
| 254 et 255 | 868. | 359 | 918. |
| 345 | 845, 903. | 378 | 896. |
| 346 | 890, 891, 896. | | |


## VII. LOIS SPÉCIALES

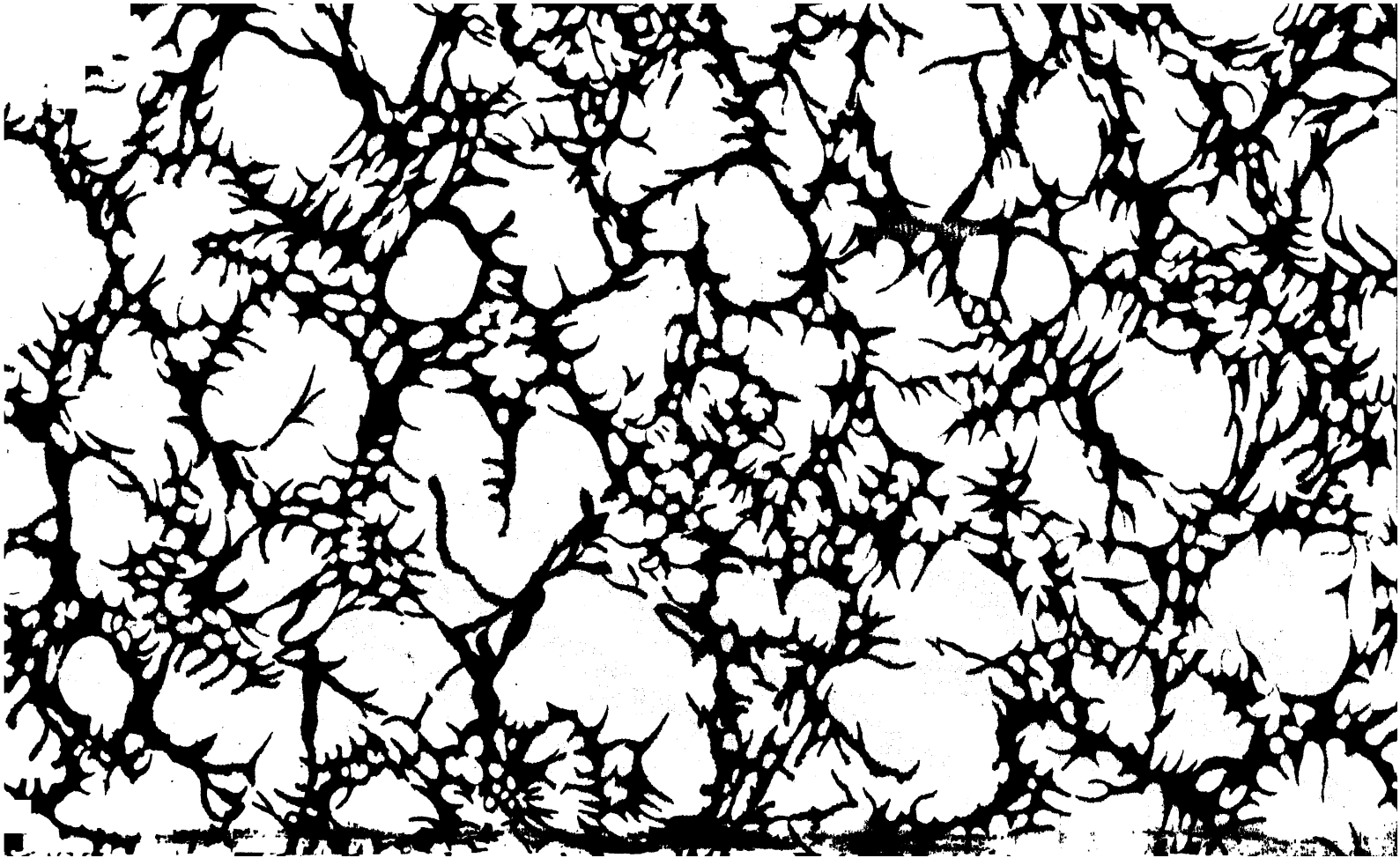

| | Numéros |
|---|---|
| Ord. de Villers-Cotterets d'août 1539 (Etat civil) | 782, 826, 828, 832, 835, 839, 892, 912, 916 |
| Ord. de Blois de mai 1579 (Etat civil) | 782, 828, 832, 835 |
| Edit février 1580 (Justice) | 1033 |
| Edit de Nantes d'avril 1598 (Etat civil) | 785 |
| Ord. 15 janvier 1629 (Etat civil) | 783 |
| Déclaration 26 novembre 1639 (Etat civil) | 783 |
| Arrêt du Conseil 22 septembre 1664 (Etat civil) | 785 |
| Arrêt du Conseil 26 janvier 1665 (Etat civil) | 785 |
| Déclaration 2 avril 1666 (Etat civil) | 785 |
| Ord. d'avril 1667 (Réformation de la justice) | 783, 823, 826, 828, 831, 832, 835, 839, 847, 848, 850, 852, 853, 892, 908, 912, 913, 916, 949, 1069, 1075 |
| Déclaration 1er février 1669 (Etat civil) | 785 |
| Ord. de 1681 (Marine) | 875 |
| Déclaration de 1685 (Etat civil) | 783 |
| Arrêt du Conseil 16 juin 1685 (Etat civil) | 785 |
| Arrêt du Conseil 15 septembre 1685 (Etat civil) | 785 |
| Edit de Fontainebleau, octobre 1685 (Religion réformée) | 785 |
| Déclaration 11 décembre 1685 (Etat civil) | 786 |
| Déclaration 6 août 1686 (Etat civil) | 783 |
| Edit octobre 1691 (Etat civil) | 783 |
| Déclaration 16 février 1692 (Etat civil) | 783 |
| Edit mars 1697 (Etat civil) | 783 |
| Déclaration 16 septembre 1698 (Etat civil) | 783, 786 |
| Edit juin 1705 (Etat civil) | 783 |
| Edit décembre 1716 (Etat civil) | 783 |
| Déclaration 14 mai 1724 (Etat civil) | 786 |

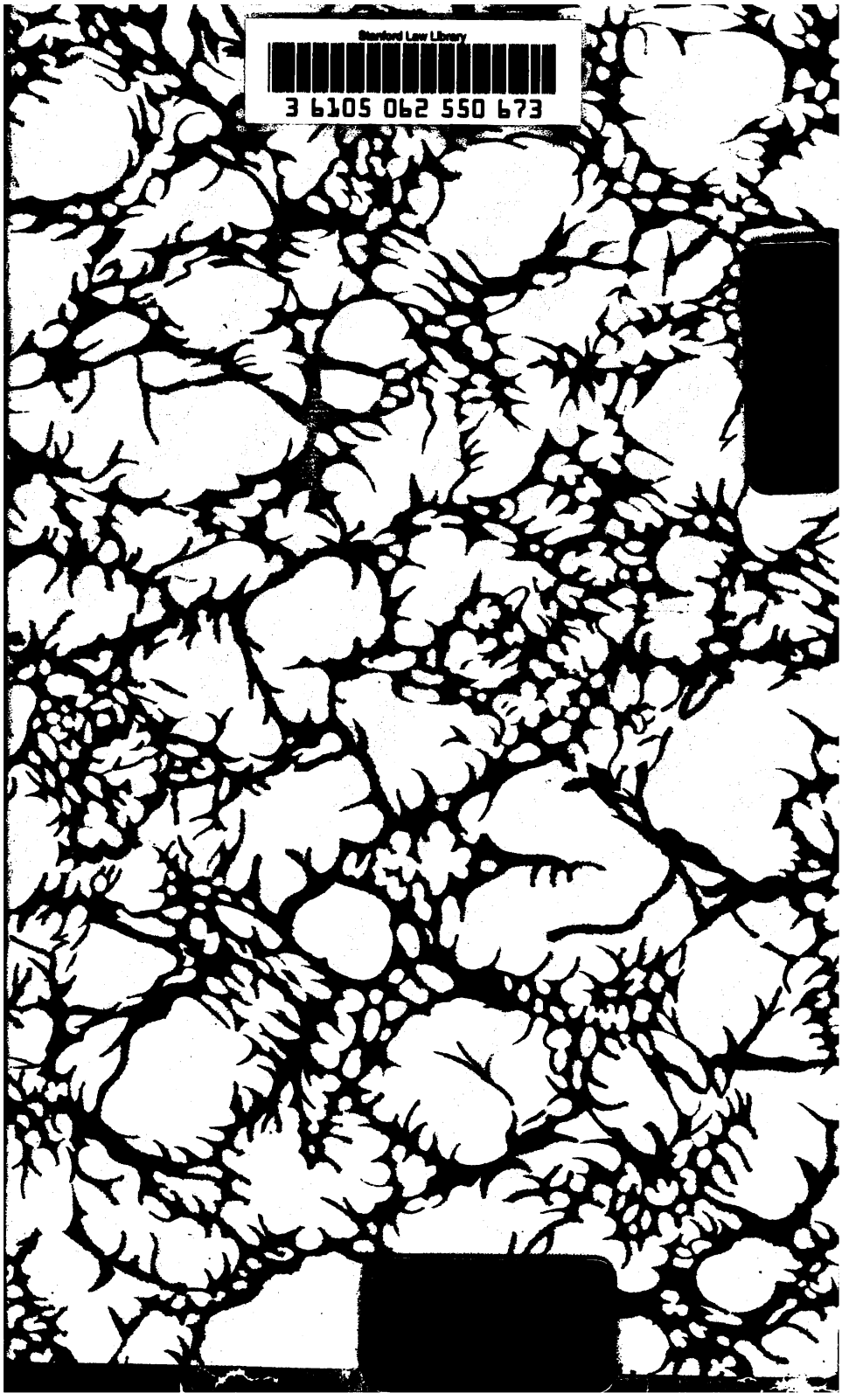
| | Numéros |
|---|---|
| Déclaration 9 avril 1736 (Etat civil). . | 783, 786, 823, 826, 828. 831, 832, 835, 839, 863, 892, 908, 912, 916, 918, 943, 957 |
| Ord. juin 1776 (Etat civil) | 832 |
| Déclaration 12 mai 1782 (Etat civil) | 783, 819 |
| Déclaration 20 juillet 1787 (Etat civil) | 783, 819 |
| Edit 28 novembre 1787 (Etat civil) | 787 |
| L. 16-24 août 1790 (Organisation judiciaire) | 1081 |
| Constitution 3-14 septembre 1791 | 789 |
| L. 28 septembre-6 octobre 1791 (Police rurale) | 1081 |
| L. 29 septembre-6 octobre.1791 (Notariat) | 1071 |
| L. 20-25 septembre 1792 (Etat civil). . | 789, 797, 800, 812, 828, 832, 840, 886, 888, 907, 910, 1279 |
| L. 19 décembre 1792 (Etat civil) | 910 |
| L. 11 ventôse an II (Absence des militaires) | 1308 à 1315 |
| L. 16 fructidor an II (Absence des militaires) | 1308 à 1315 |
| Constitution 5 fructidor an III | 797 |
| L. 6 brumaire an V (Conservation des droits des militaires) | 1307 |
| L. 13 brumaire an VII (Timbre) | 830 |
| L. 22 frimaire an VII (Enregistrement) | 830, 835 |
| Constitution 22 frimaire an VIII | 807 |
| L. 28 pluviôse an VIII, art. 13 à 16 [Etat civil) | 797, 799, 800 |
| Arrêté 17 octobre 1800 (Etat civil) | 832 |
| Arrêté des consuls 2 pluviôse an IX (Etat civil) | 800 |
| L. 7 pluviôse an IX (Etat civil) | 869 |
| Avis C. d'Etat 12-13 nivôse an X (Etat civil) | 943 |
| L. 18 germinal an X (Cultes) | 789 |
| Avis C. d'Etat 8-12 brumaire an XI (Etat civil). . | 885, 907, 942, 943. 949, 956 *bis* |
| L. 25 ventôse an XI (Notariat) | 813 à 816, 838, 972 |
| L. 11 germinal an XI (Etat civil) | 893 |
| Avis C. d'Etat 18-20 prairial an XI (Naturalisation) | 1020 |
| Avis C. d'Etat 20 frimaire an XII (Etat civil) | 825 |
| Avis C. d'Etat 30 nivôse-4 pluviôse an XII (Etat civil) | 807, 867 |
| Avis C. d'Etat 12-25 thermidor an XII (Etat civil) | 827 |
| L. 15 pluviôse an XIII (Enfants trouvés) | 989 |
| Avis C. d'Etat 17 germinal an XIII (Etat civil) | 931 |
| Décret 4 thermidor an XIII (Etat civil) | 903 |
| Avis C. d'Etat 4e jour complémentaire an XIII (Etat civil) | 933 |
| Décret 4 juin 1806 (Etat civil), art. 5 | 800 |
| Avis C. d'Etat 30 juin-31 juillet 1806 (Etat civil) | 869 |
| Décret 4 juillet 1806 (Etat civil) | 887 |
| Décret 16 mars 1807 (Publication des lois des 11 ventôse et 16 fructidor an II) | 1308 |
| Avis C. d'Etat 6 juin-2 juillet 1807 (Etat civil) | 836 |
| Décret 20 juillet 1807 (Etat civil) | 832 |
| Avis C. d'Etat 23 février-4 mars 1808 (Etat civil) | 958 |
| Avis C. d'Etat 8 mars 1808 (Etat civil) | 799, 831 |
| Avis C. d'Etat 19-30 mars 1808 (Etat civil) | 943 |
| L. 20 avril 1810 (Organisation judiciaire), art. 46 | 949 |
| Décret 19 janvier 1811 (Enfants trouvés) | 898, 989 |
| Décret 18 juin 1811 (Tarif criminel) | 949 |

Numéros
Décret 3 janvier 1813 (Etat civil) . . . . . 858, 918, 930 à 932
L. 21 décembre 1814 (Conservation des droits des militaires) . . . 1307
Ord. 9 janvier 1815 (Etat civil) . . . . . 847
L. 28 avril 1816 (Enregistrement) . . . . . 816, 830, 1160
Ord. 3 juillet 1816 (Absence des militaires) . . . . . 1307
L. 13 janvier 1817 (Absence) . . . . . 933, 936, 1085, 1094, 1097, 1109, 1307, 1308
L. 25 mars 1817, art. 75-1° (Loi de finances) . . . . . 949
Arrêté 30 décembre 1821 (Etat civil) . . . . . 903
L. 3 mars 1822, art. 19 (Etat civil) . . . . . 797, 917
Ord. 26 nov. 1823 (Etat civil) . . . . . 869, 943
L. 21 mars 1831 (Loi municipale), art. 5 . . . . . 800
Ord. 23 octobre 1833 (Consulats) . . . . . 881, 882
Ord. 25 octobre 1833 (Consulats), art. 8 . . . . . 875
L. 18 juillet 1837 (Loi municipale), art. 14 . . . . . 800
L. 10 juillet 1850 (Contrat de mariage) . . . . . 791, 949
L. 10 décembre 1850 (Mariage des indigents) . . . . . 949
Décret 24 décembre 1850 (Police sanitaire), art. 45 . . . . . 797
L. 30 mai 1854 (Travaux forcés) . . . . . 1007
L. 5 mai 1855 (Loi municipale), art. 4 . . . . . 800
L. 2 mai 1861 (État civil) . . . . . 837 *bis*
L. 3 mai 1862 (Délais d'appel) . . . . . 946
L. 24 juillet 1867 (Sociétés commerciales) . . . . . 1015
Lois des 10 juillet, 19 juillet et 23 août 1871 (Etat civil) . . . . . 800, 847, 885
L. 9-12 août 1871 (Absence) . . . . . 933, 1307
L. 23 août 1871 (Enregistrement) . . . . . 1020
Lois des 6 janvier et 25 mai 1872 (Etat civil) . . . . . 800, 847
L. 12 février 1872 (Etat civil) . . . . . 839, 841, 847
L. des 13 février, 18 février, 14 avril 1873 (Etat civil) . . . . . 847
L. 25 mars 1873 (Déportation), art. 17 . . . . . 1006
Décret 30 décembre 1873 (Etat civil) . . . . . 847
L. 25 juin 1874 (Etat civil) . . . . . 847
L. des 5 juin et 3 août 1875 (Etat civil) . . . . . 847
Décret 22 février 1876 (police sanitaire maritime), art. 123 . . . . 797
Décret 31 août 1878 (Transportation) . . . . . 1006
L. 27 février 1880 (Aliénation des valeurs mobilières) . . . . . 1135
L. 5 avril 1884 (Conseils municipaux) . . . . . 793, 797 à 802 *bis*, 830
L. 27 mai 1885 (Relégation des récidivistes), art. 17 et 18 . . . . . 1007
L. 15 novembre 1887 (Liberté des funérailles) . . . . . 906
Décret 27 avril 1889 (Etat civil) . . . . . 902, 905
L. 24 juillet 1889 (Déchéance de la puissance paternelle) . . . . . 988
L. 8 février 1893 (Séparation de corps) . . . . . 979
L. 16 mars 1893 (Interdiction) . . . . . 791, 793
Décret 11 mai 1893 (Interdiction) . . . . . 793
L. 5 juin 1893 (Etat civil) . . . . . 847
L. 8 juin 1893 (Etat civil). 858, 876, 882, 899, 916, 922, 923, 929, 933, 943, 953, 957
Décret du 18 janvier 1895 (Domicile des transportés), art. 32 . . . 1006
L. 17 août 1897 (Modification de certains articles du code civil) . . 791, 834, 837
L. 7 décembre 1897 (Modification de l'art. 37 C. civ.) . . . . . 812, 816
L. 10 mars 1898 (Officiers ministériels) . . . . . 972
L. 4 mars 1899 (Liquidation judiciaire) . . . . . 965

| | Numéros |
|---|---|
| D. du 8 mai 1899 (Concessions aux relégués) | 1006 |
| L. 17 mai 1900 (Etat civil) | 934 |
| L. 5 février 1901 (Compétence des consuls et agents diplomatiques français en matière de mariage) | 880 *bis* |
| L. 12 août 1902 (Notariat) | 816 |
| L. 31 mars 1903 (Enregistrement) | 830 |
| L. 21 juin 1903 (Etat civil) | 884 |
| L. 27 juin 1904 (Enfants trouvés) | 898, 989 |


29,608. — Bordeaux, Y. Cadoret, impr., rue Poquelin-Molière, 17.




Stanford Law Library
3 6105 062 550 673